***Iura novit curia* en buitenlands recht**

Serie Burgerlijk Proces & Praktijk

Redactie:
Prof. mr. H.B. Krans
Prof. mr. A.C. van Schaick
Prof. mr. H.J. Snijders

Verschenen dissertaties:

I. P. Broekveldt, Derdenbeslag, 2003
II. K. Teuben, Rechtersregelingen in het burgerlijk (proces)recht, 2005
III. M. Zilinsky, De Europese Executoriale Titel, 2005
IV. V.C.A Lindijer, De goede procesorde: een onderzoek naar de betekenis van de goede procesorde als normatief, 2006
V. M.B. Beekhoven van den Boezem, De dwangsom in het burgerlijk recht, 2007
VI. J.P. Fokker, E-arbitrage, 2009
VII. G.C.C. Lewin, Het hoger beroep en het cassatieberoep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba, 2010
VIII. J. van der Linden, De civiele zitting centraal: informeren, afstemmen en schikken, 2010
IX. J.R. Sijmonsma, Het inzagerecht: art. 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 2017
X. J. Ekelmans, De exhibitieplicht, 2010
XI. R.H. de Bock, Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure, 2011
XII. P. Sluijter, Sturen met proceskosten. Wie betaalt de prijs van verstorend procesgedrag?, 2011
XIII. M.W. Knigge, De procesovereenkomst, 2012
XIV. A.G.F. Ancery, Ambtshalve toepassing van EU-recht, 2012
XV. M. Meijsen, Ontwikkelingen in het civielrechtelijk conservatoir beslag in Nederland, 2013
XVI. J.F. Vlek, Parallelle procedures en misbruik van procesrecht onder de EEX-Verordening II, 2015
XVII. E.F. Groot, Het voorlopig getuigenverhoor, 2015
XVIII. N.E. Groeneveld-Tijssens, De verklaring voor recht, 2015
XIX. C.J.S. Vrendenbarg, Proceskostenveroordeling en toegang tot de rechter in IE-zaken, 2018
XX. S. Stuij, Iura novit curia en buitenlands recht. Een rechtsvergelijkend en Europees perspectief, 2021

Verschenen monografieën:

1. A.I.M. van Mierlo en J.H. van Dam-Lely, Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg - 2e druk, 2011
2. H.J. Snijders, Civiel appel – 4e druk, 2009
3. W.D.H. Asser, Bewijslastverdeling, 2004
4. H.E. Ras, bew. door A. Hammerstein, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken – 5e druk, 2017
5. Th.B. ten Kate en E.M. Wesseling-van Gent, Herroeping, verbetering en aanvulling van burgerrechterlijke uitspraken – 2e druk, 2013
6. W.H.B. den Hartog Jager, Procederen met of zonder procesvertegenwoordiging: de stand van zaken in 2012 – 2e druk, 2012
7. A.H. Santing-Wubs, Mediation in juridisch perspectief – 2e druk, 2012
8. M. Freudenthal, Schets van het Europees civiel procesrecht – 2e druk, 2013
9. H.E. Ras, bew. door G.C.C. Lewin, De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken in de Nederlandse Antillen en Aruba, 2008
10. P. Smits, Artikel 6 EVRM en de civiele procedure, 2008
11. M.O.J. de Folter, Vrijwaring & Interventie, 2009
12. H.B. Krans, Nederlands burgerlijk procesrecht en materieel EU-recht, 2010
13. G.J. Meijer, Overeenkomst tot arbitrage, 2011
14. T.F.E. Tjong Tjin Tai, De schadestaatprocedure, 2012
15. G. de Groot, Getuigenbewijs in civiele zaken, 2015

16. J. Ekelmans, In eerste aanleg. De grenzen van het debat voor de civiele rechter in eerste aanleg, 2015
17. G.C. Boot, Arbeidsprocesrecht– 2e druk, 2019
18. B.C. Punt, Het bindend advies doorgelicht, 2019
19. J.J. van der Helm, Het rechterlijk bevel en verbod, 2019
20. B.T.M. van der Wiel, N.T. Dempsey, J.F. de Groot, A. Knigge, A.E.H. van der Voort Maarschalk en mr. M.M. Stolp, Cassatie, 2019
21. A.F. Collignon-Smit Sibinga, De deelgeschilprocedure, 2019
22. J.M.M. Menu, Pachtprocesrecht, 2020
23. J.G. Gräler, Schriftelijk bewijs, 2020

Iura novit curia en buitenlands recht
Een rechtsvergelijkend en Europees perspectief

Iura Novit Curia And Foreign Law
A comparative and European perspective

Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor aan de
Erasmus Universiteit Rotterdam
op gezag van de
rector magnificus

Prof.dr. F.A. van der Duijn Schouten

en volgens besluit van het College voor Promoties.
De openbare verdediging zal plaatsvinden op

donderdag 29 april 2021 om 15.30 uur

door

Steven Stuij
geboren te Hardinxveld-Giessendam.

Erasmus University Rotterdam

Promotiecommissie:

Promotoren: prof. dr. F.J.M. de Ly
prof. mr. G.J. Meijer

Overige leden: prof. mr. M.H. ten Wolde
prof. mr. J. Erauw
dr. R. Repasi

Iura novit curia en buitenlands recht

Een rechtsvergelijkend en Europees perspectief

Steven Stuij

Wolters Kluwer

Verkorte citeerwijze: Stuij, *Iura novit curia en buitenlands recht* 2021/[paragraafnummer]
Volledige citeerwijze: S. Stuij, *Iura novit curia en buitenlands recht (Burgerlijk Proces & Praktijk)*, Deventer: Wolters Kluwer 2021.

Het complete productaanbod vindt u in de online webshop: www.wolterskluwer.nl/shop.

Ontwerp omslag: Bert Arts BNO

ISBN 978 90 13 16372 8
NUR 822-209

© 2021, Wolters Kluwer Nederland B.V.

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice.

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland B.V.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland B.V. geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland B.V. zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland B.V. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.
Indien Wolters Kluwer Nederland B.V. persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland B.V. van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.

Zie inhoud van deze uitgave ook op:
www.wolterskluwer.nl/navigator
NAVIGATOR

FSC
www.fsc.org
MIX
Papier van verantwoorde herkomst
FSC® C004472

WOORD VOORAF

Dit proefschrift is het resultaat van een onderzoek dat als buitenpromovendus aan de Erasmus Universiteit Rotterdam is verricht. Graag wil ik de personen bedanken die mij bij het tot stand brengen van dit werk hebben geholpen, zoals: de promotoren voor de geboden begeleiding; de promotiecommissie voor het lezen van het manuscript; de uitgever voor het willen publiceren van het boek; mijn paranimfen; en, tot slot, mijn (voormalige) collega's en mede-promovendi. En lest best: mijn diepste dank gaat uit naar een paar personen uit de privésfeer die mij het meest van allen hebben gesteund, en die mijn dankbetuiging kennen zelfs zonder dat zij bij naam worden genoemd.

I would like to thank the Swiss Institute for Comparative Law in Lausanne, Switzerland, for granting me the *van Calker* scholarship and for giving me the opportunity of making use of both their extensive library and their expertise.

Het onderzoek was oorspronkelijk eerder afgesloten, maar door vertraging in de afwikkeling van het traject, mede versterkt door de opkomst van de zogeheten coronacrisis, heeft de verdediging helaas een poos op zich laten wachten. De ontwikkelingen tot 1 december 2020 zijn zoveel mogelijk verwerkt.

‘Blind commitment to a theory is not an intellectual virtue: it is an intellectual crime.’

Imre Lakatos, *The Methodology of Scientific Research Programmes*, Londen: Cambridge University Press 1978, p. 1.

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf / IX

Lijst met afkortingen / XXXV

1. Inleiding / 1

1.1 Iura novit curia en buitenlands (privaat)recht / 1
1 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden / 1
2 Buitenlands recht: contradictio in terminis? / 2
3 Hulpmiddelen voor de rechter / 2

1.2 Buitenlands recht als probleem / 3
4 Drie recente voorbeelden / 3
1.2.1 Het Nederlandse recht: de arresten Al Rafidain/Solvochem en ICL/Potasse / 3
5 Art. 10:2 BW en Al Rafidain/Solvochem / 3
6 Oordeel Hoge Raad / 4
7 Consequenties uitspraak / 5
1.2.2 De Rome II-Verordening en de voorstellen van rapporteur Wallis / 6
8 Geen Europese regeling / 6
9 Voorbereiding van Rome II / 7
10 Noodzaak voor een Europese regeling? / 8
1.2.3 De Haagse Conferentie voor IPR en 'Access to Foreign Law' / 8
11 Voorstellen voor de verbetering van de informatie-uitwisseling / 8
1.2.4 Een tussenbalans / 9
12 Buitenlands recht blijft problematisch / 9

1.3 Probleemstelling / 9
13 Noodzaak voor nieuw onderzoek / 9
14 Doelstelling en centrale onderzoeksvraag / 10
15 Deelvragen / 11

1.4 Onderzoeksopzet- en methoden / 11
1.4.1 Algemeen / 11
16 Gekozen methoden / 11

17 Rechtsvaardiging van de geselecteerde rechtsstelsels / 12
18 'Brexit' geen belemmering / 13
19 Aspecten van de toepassing van conflicten- en buitenlands recht / 14
1.4.2 Waarderingsmaatstaf / 15
20 Algemeen / 15
21 Waardering in concreto / 15
22 Opinie over de waarden zelf / 16
23 De toetsing van bestaande voorstellen / 16

1.5 Status quo en afbakening van het onderzoek / 17
1.5.1 Bestaand onderzoek / 17
24 Nederlands onderzoek / 17
25 Buitenlands onderzoek / 18
1.5.2 Afbakening en definties / 19
26 Afbakening / 19
27 Definities / 19

1.6 Plan van behandeling / 20
28 Comparatieve analyse / 20
29 Synthese, analyse, waardering en aanbevelingen / 21

2. Nederlands recht / 23

2.1 Inleiding / 23
30 Plan van aanpak / 23

2.2 Het Nederlands burgerlijk proces en de aanvulling van rechtsgronden in een intern geval / 23
2.2.1 Achtergrond, ontwikkeling en kenmerken van het Nederlands burgerlijk procesrecht / 23
2.2.1.1 Ontwikkelingen van 1838 tot heden / 23
31 Romaanse oorsprong en ontwikkelingen tot 2001 / 23
32 KeI / 25
2.2.1.2 Functies, beginselen en kenmerken van het burgerlijk geding / 26
33 Algemeen / 26
34 Functies / 27
35 Partijautonomie / 28
2.2.2 Wisselwerking tussen rechter en partijen: partijautonomie en hoor en wederhoor / 29
36 Algemeen / 29
37 Partijautonomie / 30
38 Feitenvaststelling: stelplicht en bewijslast / 30
39 Grenzen van de rechtsstrijd: art. 24 Rv / 31
2.2.3 Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden / 32
40 Hoofdregel: ambtshalve aanvullen van rechtsgronden / 32
41 Uitzondering I: 'rechtsmiddelen' / 32

42 Uitzondering II: beperking van de te hanteren rechtsgrondslag / 33
43 Uitzonderingen van algemene aard / 34
44 Openbare orde / 35
45 Deskundigenbericht over Nederlands recht? / 36
2.2.4 Rechtsmiddelen: appel en cassatie / 37
46 Appel / 37
47 Cassatie / 38
48 Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad / 39

2.3 De toepassing van conflicten- en buitenlands recht: taakverdeling / 40
2.3.1 Algemeen; historische ontwikkelingen / 40
49 Art. 10:2 BW / 40
50 Historische achtergrond / 40
51 Rechtspraak nadien / 41
52 'Omslagpunt'? / 42
53 Conclusie / 43
2.3.2 De toepassing van de conflictregel / 43
2.3.2.1 Hoofdregel / 43
54 Ambtshalve toepassing en afwijzing van facultatief conflictenrecht / 43
55 Art. 10:56 BW: facultatief element? / 44
2.3.2.2 Uitzonderingen? / 46
56 Antikiesregel / 46
57 Excepties / 46
2.3.2.3 Partijdispositie versus processuele rechtskeuze / 47
58 Drie situaties / 47
59 Openbare orde-karakter van conflictregels? / 48
60 Processuele rechtskeuze / 50
2.3.2.4 Het conflictenrechtelijke relevante feitencomplex
61 Geen duidelijkheid / 52
2.3.3 De toepassing van het buitenlandse recht / 53
2.3.3.1 Hoofdregel / 53
62 Algemeen / 53
2.3.3.2 Recente ontwikkelingen / 53
63 Een meer feitelijke benadering? / 53
64 Rechtsmiddel en stelplicht / 55
65 Conclusie / 57
2.3.3.3 Buitenlandse voorrangsregels / 57
66 Geen duidelijke status / 57
67 Conclusie / 59
2.3.4 Hoor en wederhoor / 59
68 Geen verrassingsbeslissing / 59

2.4 Complicaties bij de toepassing van buitenlands recht / 60
69 Algemeen / 60
2.4.1 Manieren om de inhoud van vreemd recht te achterhalen / 60
70 Eigen onderzoek / 60

71 Europese Overeenkomst van 1968 / 61
72 Deskundigenbericht / 62
73 Bijzondere instituten: IJI en T.M.C. Asser Instituut / 62
74 Partij-inlichtingen / 63
2.4.2 Kosten van het onderzoek naar vreemd recht / 64
75 'Kosten van de rechtspraak' / 64
76 Kosten van deskundige hulp / 65
77 Kosten van partij-inlichtingen / 66
2.4.3 Onkenbaarheid van vreemd recht / 67
78 Dilemma / 67
2.4.3.1 Maatstaf / 67
79 Geen duidelijke maatstaf / 67
2.4.3.2 Consequenties / 68
80 Geen wettelijke regeling / 68
81 Literatuur / 69
82 Bezwaren tegen lex fori als surrogaatrecht / 70
83 Alternatieven / 70
2.4.4 Interpretatie van vreemd recht / 72
84 Wederom geen wettelijk voorschrift / 72
85 Onderscheid met verwante kwesties / 73
2.4.5 Kort geding en verstekprocedures / 73
86 Kort geding / 73
87 Verstek / 75

2.5 Conflicten- en buitenlands recht in appel en cassatie / 75
2.5.1 Appel / 75
2.5.1.1 De vraag naar het toepasselijke recht in hoger beroep / 75
88 Algemeen / 75
89 Overzicht scenario's / 76
90 Openbare orde / 77
2.5.1.2 Buitenlands recht / 78
91 Algemeen / 78
92 Openbare orde / 78
93 Gebruik van andere onderzoeksmethoden? / 78
2.5.2 Cassatie / 79
94 Situaties / 79
95 Rechtsklacht / 79
96 Motiveringsklacht / 80
97 Overige situaties / 81
2.5.3 Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over buitenlands recht? / 82
98 Begrip 'rechtsvragen' / 82
99 Afweging / 82

2.6 De toepassing van het recht in arbitrale procedures / 83
100 Bijzonderheden arbitrale procedures / 83
101 Beslissingsmaatstaven / 83

102 Onderzoek naar het toepasselijke recht / 84
103 Surrogaatrecht / 85
104 Beslissingsmaatstaf als deel van de opdracht / 86
105 Openbare orde / 86

2.7 De toepassing van vreemd recht in non-contentieuze aangelegenheden / 87
2.7.1 In voluntaire procedures / 87
106 Hoofdregel art. 10:2 BW / 87
2.7.2 Buiten rechte / 87
107 Buitengerechtelijke autoriteiten / 87
2.7.2.1 Ambtenaar van de burgerlijke stand / 88
108 Abs: taakomschrijving en bijzondere bepalingen / 88
109 Commissie van advies / 88
2.7.2.2 Notaris / 89
110 Notaris: taakomschrijving / 89
111 Tuchtrechtelijke controle / 90

2.8 Conclusie / 90
112 Iura novit curia in Nederland sterk verankerd / 90

3. Duits recht / 93

3.1 Inleiding / 93
113 'Amtsanwendung' / 93

3.2 Duits burgerlijk procesrecht en de toepassing van het eigen recht / 94
3.2.1 Achtergrond, ontwikkelingen en kenmerken van het Duitse burgerlijk procesrecht / 94
114 Historische achtergrond; karakterisering / 94
3.2.2 Wisselwerking tussen rechter en partijen / 95
115 'Maximen' / 95
3.2.3 Ambtshalve toepassing van recht / 96
116 Ambtshalve toepassing / 96
117 Bijzondere rechtsnormen / 96
118 Deskundigenbericht over Duits recht? / 97
119 Procedurele beperkingen / 98
120 'Rechtsgespräch' / 98
3.2.4 Rechtsmiddelen / 99
121 Algemeen / 99
122 BAG-procedures / 99

3.3 De toepassing van conflicten- en buitenlands recht: taakverdeling / 100
3.3.1 Algemeen / 100
123 § 293 ZPO / 100
3.3.2 De toepassing van de conflictregel / 100
3.3.2.1 Hoofdregel / 100

124 Ambtshalve toepassing / 100
125 Verdragen en Europese verordeningen / 101
126 Iura novit curia / 102
3.3.2.2 Uitzonderingen? / 102
127 'Offenlassen der Rechtswahl' / 102
128 Facultatief conflictenrecht / 103
3.3.2.3 Partijautonomie / 103
129 'Nachträgliche' of 'konkludente Rechtswahl' / 103
130 *Präklusion* / 104
3.3.2.4 Conflictenrechtelijke relevante feiten: Auslandsbezug / 104
131 Geen plicht tot vaststelling relevante feiten / 104
132 'Hinweispflicht' / 105
133 'Präklusion' / 105
3.3.3 De toepassing van buitenlands recht / 106
3.3.3.1 Hoofdregel / 106
134 Ambtshalve toepassing / 106
135 Medewerking van partijen / 106
136 Bundesarbeitsgericht / 108
137 Rechtsgespräch en Präklusion / 108
3.3.3.2 Toepassing van buitenlandse voorrangsregels / 109
138 Onduidelijke processuele status / 109

3.4 Complicaties bij de toepassing van buitenlands recht / 109
3.4.1 Onderzoek naar de inhoud van vreemd recht: 'Ermittlungsweisen' / 109
139 'Ermittlungspflicht' / 109
140 Drie methoden / 110
141 'Sachverständigengutachten' / 112
3.4.2 Kosten van het onderzoek naar de inhoud van vreemd recht / 114
142 Kosten van de 'Ermittlung' / 114
143 Gefinancierde rechtsbijstand / 115
3.4.3 'Nichtfeststelbarkeit' van de inhoud van buitenlands recht / 115
3.4.3.1 Maatstaf / 115
144 Duidelijke maatstaf / 115
3.4.3.2 Alternatieven / 116
145 Lex fori als hoofdregel / 116
146 Alternatieven / 117
3.4.4 Interpretatie: 'Lückenfüllung' en 'Fortentwicklung' / 118
147 Toepassing van vreemd recht met in begrip van de '*Rechtspraxis*' / 118
148 'Rechtsfortbildung' / 119
3.4.5 Bijzondere procedures / 120
149 *Eilverfahren en Säumnisverfahren* / 120
3.4.5.1 Conflicten- en buitenlands recht in Eilverfahren / 120
150 Soorten spoedeisende procedures / 120
151 Geen duidelijke regeling / 120
152 Ambtshalve toepassing / 121
3.4.5.2 Conflicten- en buitenlands recht in Säumnisverfahren / 122

153 Verstekprocedure / 122

3.5 Conflicten- en buitenlands recht in hogere instanties / 123
154 Bijzonderheden Duits procesrecht / 123
3.5.1 Hoger beroep ('Berufung' of 'Beschwerde') / 123
155 Procesrechtelijke beperkingen / 123
3.5.1.1 Bevoegdheidsconcentratie Oberlandesgerichte / 123
156 Bevoegdheidsconcentratie / 123
3.5.1.2 Hoger beroep en buitenlands recht / 124
157 Algemeen / 124
3.5.2 Hoogste instanties: Revision en Rechtsbeschwerde / 125
158 Duits stelsel / 125
159 Situatie tot 1 september 2009 / 125
160 Situatie sinds 1 september 2009; hoofdregel / 127
161 Uitzonderingen / 129
162 Controle op 'Ermittlungspflicht' / 130
163 Kritiek op de beperkte '*Revisibilität*' / 131

3.6 Toepassing van het recht door arbiters / 131
164 Arbitrale conflictregel / 131
165 Andere beslissingsmaatstaven / 132
166 'Ambtshalve' toepassing? / 132
167 'Rechtsgespräch'? / 133

3.7 Toepassing van het recht in non-contentieuze aangelegenheiden / 134
3.7.1 'Freiwillige Gerichtsbarkeit' / 134
168 Untersuchungsmaxime / 134
169 § 293 ZPO en § 72 FamFG / 135
3.7.2 Buitengerechtelijke autoriteiten / 135
170 Algemeen / 135
3.7.2.1 De 'Notar' en de 'Belehrungspflicht' / 135
171 Geen plicht voor de Notar / 135
172 Consequenties van de Belehrungspflicht / 136
173 Kennisbronnen / 137
3.7.2.2 Standesamt / 138
174 Plicht voor de *Standesbeamter* / 138
175 Rechtsbescherming / 138

3.8 Conclusie / 139
176 Amtsanwendung en Ermittlungspflicht / 139

4. Engels Recht / 141

4.1 Inleiding / 141
177 Plan van aanpak / 141

4.2 Engels burgerlijk procesrecht en de toepassing van het eigen recht / 141
4.2.1 De inrichting van het Engelse burgerlijk proces / 141
178 Historische achtergrond en de *Woolf Reforms* / 141
179 Elementen van het Engelse burgerlijk geding / 143
180 FPR 2010 / 144
4.2.2 Feitenvaststelling en omvang van de rechtsstrijd / 144
181 Feitenvaststelling en bewijslevering / 144
182 Judicial notice / 145
183 Inhoud van pleadings of statement of case / 146
4.2.3 Toepassing van het eigen recht / 148
184 Geen iura novit curia / 148
185 Verantwoordelijkheid van de counsels / 149
186 Gevaltypen / 150
187 Due notice / 151
188 Kritiek op de lijdelijkheid van de rechter / 152
189 Plicht om de rechtsgronden aan te vullen? / 153
190 Geen deskundigenbewijs over Engels recht / 154
4.2.4 Internationaal en supranationaal recht / 155
191 Dualistisch systeem en Unierecht / 155
4.2.5 Hogere instanties: appeals / 156
192 Karakter appelprocedure: beperkte toetsing / 156
193 Nieuwe rechtsgronden in appel? / 156

4.3 De toepassing van conflicten- en buitenlands recht: pleading and proof / 158
194 Uitgangspunt: vreemd recht als feit / 158
4.3.1 Introductie van buitenlands recht: pleading / 159
195 Verantwoordelijkheid van de partijen / 159
196 Mandatory pleading? / 160
4.3.2 Conflictenrechtelijk relevante feiten (‘foreign elements’) / 161
197 Hoofregel voor feitenvaststelling / 161
198 Bewijslast en bewijswaardering; domicile / 162
4.3.3 De toepassing van buitenlands recht / 163
199 Geen judicial notice / 163
200 Bewijslastverdeling / 164
201 Bewijswaardering / 165
202 Bewijslevering door *expert evidence* / 166
203 *Notice* / 167
204 *Admission* / 168
4.3.4 Buitenlandse voorrangsregels in het Engelse burgerlijk geding / 168
205 Onduidelijke status; *illegality of contract* / 168

4.4 Complicaties bij de toepassing van buitenlands recht / 169
4.4.1 Manieren om buitenlands recht te bewijzen / 169
206 Vereisten deskundigen / 169
207 Bijzondere wetten / 170

208 Europese Overeenkomst van 1968 / 171
209 Affidavits? / 172
4.4.2 Kosten van het bewijs van buitenlands recht / 172
210 'Costs follow the event' / 172
211 Legal aid / 173
4.4.3 'Lack of proof' van buitenlands recht / 173
212 Bijzonderheid Engelse benadering / 173
213 Presumption of similarity / 174
214 Lex fori versus *presumption*: twee visies? / 177
215 Uitzonderingen op de *presumption* / 178
4.4.4 Interpretatie van buitenlands recht / 179
216 Volgens uitlegregels van het vreemde recht / 179
217 Uitzondering? / 180
218 Interpretatie wettenrecht / 180
219 Uitleg van door vreemd recht beheerste overeenkomsten / 181
4.4.5 Forum non conveniens / 181
220 Forum non conveniens / 181
221 Rechtspraak / 181
4.4.6 Buitenlands recht in bijzondere procedures / 182
4.4.6.1 'Summary judgment' / 182
222 Terughoudendheid in 'summary judgment'-procedures / 182
223 Buitenlands recht niet per definitie uitgesloten? / 183
4.4.6.2 'Default judgment' / 184
224 Geen plicht tot toepassing vreemd recht / 184
225 Setting aside / 185

4.5 Conflicten- en buitenlands recht in hogere instanties / 185
226 'Fact of a peculiar kind' / 185
227 Gebondenheid aan bewijs in lagere instantie / 186
228 Bijzondere instanties / 187

4.6 Toepassing van het recht door arbiters / 187
229 Vragen van toepasselijk recht / 187
230 Vrijheid van arbiters / 188
231 Fact doctrine / 189
232 Appeal on points of law / 190

4.7 Toepassing van het recht in non-contentieuze aangelegenheden / 191
233 Bijzonderheden van het Engelse stelsel / 191
4.7.1 Voluntaire jurisdictie / 191
234 Praktisch geen verschil / 191
235 Probate / 192
4.7.2 Buitengerechtelijke autoriteiten / 193
236 Begrip 'buitengerechtelijke autoriteit' / 193
237 General Registration Office / 194
238 Solicitors en scrivener notaries / 194

4.8 Conclusie / 195
239 Conclusie / 195

5. De Europese dimensie van iura novit curia / 197

5.1 Inleiding / 197
240 Supranationale en internationale invloeden / 197
241 EVRM en EU / 197

5.2 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens / 198
5.2.1 Introductie / 198
242 Het recht op een eerlijk proces / 198
243 Weinig rechtspraak EHRM / 199
244 Bijzonderheden / 200
5.2.2 De verschillende elementen van art. 6 lid 1 EVRM / 200
245 Art. 6 lid 1 EVRM / 200
246 Vereisten / 201
5.2.3 Art. 6 EVRM en de toepassing van buitenlands recht / 203
247 Karalyos/Hongarije en Griekenland / 203
248 Oordeel EHRM / 204
249 Conclusie / 205
5.2.4 Het EVRM en het beginsel iura novit curia / 206
250 Verenigbaarheid 'iura novit curia' met art. 6 EVRM / 206
251 Iura novit curia en het EHRM / 208
5.2.5 De verschillende deelproblemen van iura novit curia en art. 6 EVRM / 209
5.2.5.1 Toepassing van conflicten- en buitenlands recht / 209
252 Rechtspraak art. 6 lid 1 EVRM / 209
253 Eerlijke behandeling van de zaak ('fair hearing') / 209
254 Redelijke termijn / 210
255 Een gemotiveerd oordeel / 210
5.2.5.2 De vaststelling van voor de rechtsaanwijzing relevante feiten / 211
256 Gelijkheid der wapenen / 211
257 Geen regels van bewijsrecht / 211
5.2.5.3 Onderzoek naar de inhoud van vreemd recht / 212
258 Algemeen: deskundigenbewijs en art. 6 EVRM / 212
259 Juridische deskundigen: *Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland* / 213
260 Overige rechtspraak inzake deskundigen / 213
261 Deskundigenbewijs: conclusie / 215
262 Overige documenten en opinies / 216
5.2.5.4 Niet-vaststelbaarheid van de inhoud van vreemd recht / 216
263 Redelijke termijn / 216
264 Rechtsweigering / 217
5.2.5.5 Appel en cassatie / 217
265 Geen recht op een hogere voorziening / 217
266 Toegang tot de rechter / 218
267 Cassatie / 219

5.2.6 Materiële mensenrechten als grondslag voor de toepassing van vreemd recht? / 220
268 Art. 8 EVRM en art. 1 Eerste Protocol EVRM / 220
269 'Vehicle for substantive rights'? / 220
270 Analogie: erkenning vreemde vonnissen / 220
5.2.7 Conclusie / 221
271 Conclusie / 221

5.3 Het recht van de Europese Unie: nuttig effect en procesautonomie / 222
5.3.1 Introductie / 222
272 Europees karakter conflictenrecht / 222
5.3.2 Directe en indirecte botsingen tussen Unierecht en nationaal recht / 224
273 Strijd met Unierecht; 'directe botsing' / 224
274 'Indirecte botsing': *Rewe/Comet* en de procesautonomie / 225
275 Aanvulling van rechtsgronden: Van Schijndel / 226
276 Mededingingsrecht en consumentenrecht / 227
277 Overzicht / 229
278 Effectieve rechtsbescherming: Johnston / 230
5.3.3 Een 'directe botsing' tussen Europees conflictenrecht en nationaal (proces) recht? / 231
279 Relevantie voor conflictenrecht / 231
5.3.3.1 Geen ondubbelzinnige regeling door de EU-wetgever / 231
280 Rome II: voorstellen Europees Parlement / 231
281 Reactie Commissie en Raad; tweede lezing / 233
282 Conclusie: ongeregelde materie / 234
5.3.3.2 Art. 16 Herschikte EIV en de faillissementspauliana / 235
283 'Bewijs' van vreemd recht onder EIV? / 235
284 Twee vragen / 236
285 Bewijs van 'juridische gegevens'? / 238
286 Conclusie / 238
5.3.3.3 Grammaticale interpretatie van Europees conflictenrecht / 239
287 Grammaticale uitleg niet doorslaggevend / 239
288 Doctrine / 239
289 Nog geen prejudiciële vraag / 240
5.3.3.4 De 'kwalificatie' als procesrechtelijke aangelegenheid / 241
290 Kwalificatie / 241
291 Procesrecht? / 242
292 Verordeningen zonder uitsluiting van proces- en bewijsrecht / 243
293 Materieel recht? / 244
294 Tussenposities / 246
5.3.3.5 Systematische inbedding: de toepassing van andere onderdelen van Europees ipr / 247
295 Vergelijking met bevoegdheidsrecht / 247
296 Verschillend karakter bevoegdheidsrecht en conflictenrecht / 248
297 Conclusie / 248
5.3.3.6 Teleologische uitleg van het Europees conflictenrecht / 249

298 Doelstellingen Europees conflictenrecht / 249
299 Methode Europees conflictenrecht / 249
5.3.3.7 Conclusie / 250
300 Geen voorgeschreven behandeling van conflicten- of vreemd recht / 250
5.3.4 De indirecte botsing tussen Europees ipr en nationaal recht / 251
301 Relevantie voor conflictenrecht / 251
5.3.4.1 Nuttig effect-doctrine van toepassing op conflicten- en buitenlands recht? / 252
302 Bijzonderheden: 'effectiviteit' / 252
303 Nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie / 252
304 Discussie / 253
305 Afweging / 255
5.3.4.2 Procesautonomie: bijzonderheden van het conflictenrecht / 256
306 Bijzonderheid conflictenrecht; gelijkheidwaardigheidsbeginsel / 256
307 Doeltreffendheidsbeginsel / 257
308 Focus op de positie van het conflictenrecht / 258
5.3.4.3 De Europese conflictregel / 258
309 Procesautonomie; gelijkwaardigheidsbeginsel / 258
310 Doeltreffendheidsbeginsel / 260
311 Geen typisch 'Europees' karakter / 262
312 Rechtvaardiging? / 263
313 'Zwakkere partijen' / 264
314 Antikiesregel en Europees conflictenrecht / 266
5.3.4.4 De vaststelling van voor de rechtsaanwijzing relevante feiten / 266
315 Geen uitspraak van Hof van Justitie EU / 266
316 Rechtspraak Hof van Justitie EU bij bevoegdheidsvragen / 267
317 Afweging / 269
318 Conclusie / 270
5.3.4.5 Het door de Europese conflictregel aangewezen buitenlands recht / 271
319 Vreemd recht als indirect gevolg van de conflictregel / 271
320 Discussie / 271
321 Effectiviteit lastig te bepalen / 272
322 Geen typisch Europees karakter / 273
5.3.4.6 Het vaststellen van de inhoud van buitenlands recht / 274
323 Aansluiting bij rechtspraak Hof van Justitie? / 274
324 Rechtvaardiging? / 274
5.3.4.7 Niet-vaststelbaarheid van buitenlands recht / 275
325 Invloed Unierecht niet vanzelfsprekend / 275
326 Analogie toepassing rechtspraak Hof van Justitie EU / 276
327 Alternatieven voor toepasselijk recht? / 277
5.3.4.8 Uitleg van vreemd recht en rechtsvorming / 277
328 Europese vereisten voor rechtsvorming of uitleg? / 277
5.3.4.9 Conflicten- en buitenlands recht in hogere instanties / 278
329 Hogere instantie en hoogste instantie / 278
5.3.4.10 Buitenlandse voorrangsregels / 279
330 Voorrangsregels in Europees verband / 279

5.3.4.11 Eigen opvatting en conclusie / 281
331 Afweging / 281
5.3.5 Miscellanea / 281
332 Overige vormen van 'botsingen' met Unierecht / 281
5.3.5.1 Discriminatieverbod en de *revisibilität* en cassabiliteit van vreemd recht / 282
333 Beginsel van non-discriminatie / 282
334 Art. 18 VWEU / 283
335 Objectieve rechtvaardiging? / 285
336 Discriminatie en fundamentele vrijheden / 286
337 Dienstenverkeer / 287
338 Afweging: discriminatie? / 288
5.3.5.2 Nationaal recht voor EU-gerechten: *iura novit curia*? / 289
339 Toepassing nationaal recht door EU-gerechten / 289
340 Oordeel Hof van Justitie EU / 289
341 Consequenties uitspraak Hof van Justitie EU / 291
5.3.5.3 Handvest van de Grondrechten van de EU / 291
342 Art. 47 EU-Handvest Grondrechten / 291
343 Toepassing op probleem van buitenlands recht / 292
5.3.6 Conclusie / 293
344 Conclusie / 293

5.4 Het EVRM en het recht van de Europese Unie: de *Bosphorus*-jurisprudentie / 294
345 EU en EVRM / 294
346 Rechtspraak EHRM / 294
347 Relevantie conflictenrecht / 295

5.5 Conclusie / 296
348 Relatief veel beoordelingsvrijheid / 296

6. Rechtsvergelijkende synthese / 297

349 Plan van behandeling / 297

6.1 Overeenkomsten en verschillen: synthese / 297
6.1.1 De toepassing van het eigen recht en de aard van het procesrecht / 297
6.1.1.1 De aard van de procedure en de beginselen van procesrecht: verhouding rechter/partijen / 297
350 Algemeen: grote mate van dispositievrijheid / 297
6.1.1.2 De behandeling van het eigen recht / 298
351 Overeenkomsten / 298
352 Verschillen / 299
6.1.2 De toepasselijkheid en de toepassing van het vreemde recht / 299
6.1.2.1 De taakverdeling tussen rechter en partijen / 299
353 Zekere mate van disponibiliteit en initiële taakverdeling / 299

354 Vormen van disponibiliteit / 300
355 Glijdende schaal; overige vormen van partij-invloed / 302
6.1.2.2 Vaststelling van de inhoud van vreemd recht: middelen, kosten, kenbaarheid, interpretatie / 304
356 Formele benadering versus flexibiliteit / 304
357 Bewijs; deskundigen / 304
358 Rechtbijstand en kosten / 305
359 Onkenbaarheid / 306
6.1.2.3 Hogere instanties en het vreemde recht / 307
360 Hogere instantie / 307
361 Hoogste instantie / 307
6.1.2.4 De positie van (buitenlandse) voorrangsregels / 308
362 Onduidelijkheid / 308
6.1.2.5 Bijzondere procedures / 309
363 Spoedeisende of verkorte procedure / 309
364 Verstek / 309
6.1.3 Arbitrage / 310
365 Het toepasselijk recht op het materiële geschil / 310
366 Het onderzoek naar de inhoud van het recht; controle / 310
6.1.4 Non-contentieuze aangelegenheden / 311
6.1.4.1 Voluntaire procedures / 311
367 Hoge mate van overeenstemming / 311
6.1.4.2 Buitengerechtelijke autoriteiten / 312
368 Het begrip 'buitengerechtelijke autoriteit' / 312
369 Overeenkomsten en verschillen / 312

6.2 Verklaring van de geconstateerde overeenkomsten en verschillen / 313
370 Verschillende theorieën / 313
6.2.1 Vrijwillige receptie / 314
371 Sterke overeenkomsten / 314
372 Aard en functie / 314
373 Beperkte rechterlijke controle / 315
374 Vrijwillig receptie, unificatie en competitie / 315
6.2.2 Het 'feit-recht'-onderscheid / 316
375 Een ingeburgerd onderscheid / 316
376 Weerlegging / 317
377 'Recht-feit'-leer niet houdbaar / 318
378 Von Savigny / 319
6.2.3 De conflictenrechtelijke methode en grondslag / 320
379 Conflictenrecht als verklarend model / 320
380 Parallellen / 321
381 Kanttekeningen / 323
382 Von Savigny's opvattingen / 326
383 Superioriteit van het eigen recht? / 327
6.2.4 De 'rechtstoepasser' en zijn omgeving: gerechtelijke organisatie en processuele traditie / 328

384 Procescultuur / 328
385 Engeland en Wales / 329
386 Duitsland / 331
387 Nederland / 331
388 Niet-gerechtelijke autoriteiten / 332
389 Conclusie / 332
6.2.5 Historische ontwikkeling van de rechtsbronnen / 332
390 Rechtshistorische verklaring / 332
391 Geen instituut van Romeins recht / 333
392 Rechtsverscheidenheid en geleerd recht / 333
393 Codifcaties / 335
394 Situatie in Engeland en Wales / 336
395 Rechtsbronnenleer als verklaring / 337
396 Zwaktepunt van de verklaring / 338
397 Nederland en Duitsland / 340
398 Tegenargumenten / 341
399 Bijzondere situatie van Duitsland / 343
400 Conclusie / 344
6.2.6 Conclusie / 345
401 Conclusie / 345

6.3 Waardering / 346
402 Toetsingskader / 346
6.3.1 De status van de conflictregel: dwingend of facultatief? / 346
403 Partij-initiatief / 346
404 Ambtshalve toepassing / 347
405 Processuele rechtskeuze / 348
406 Antikiesregel / 348
6.3.2 Internationale elementen: ambtshalve of partij-initiatief / 349
407 Geen bijzondere procedure / 349
408 Voordelen ambtshalve onderzoek / 350
409 Nadelen ambtshalve onderzoek / 350
6.3.3 Toepassing en vaststelling van de inhoud van buitenlands recht / 351
410 Ambtshalve toepassing en ambtshalve onderzoek / 351
411 ‘Bewijs’ door partijen / 352
6.3.4 Niet-vaststelbaarheid en interpretatie van vreemd recht / 353
412 Duidelijkheid gewenst / 353
413 Interpretatie / 354
414 Toetsing aan vreemde grondwet? / 354
6.3.5 Toetsing in hogere instanties van de toepassing van buitenlands recht / 355
415 Discriminatie naar rechtsstelsel? / 355
416 Supranationale aspecten / 355
417 Rechtsbescherming / 356
6.3.6 Voorrangsregels / 356
418 Onduidelijkheid / 356
419 Europees ipr en voorrangsregels / 357

420 Relatie met functie burgerlijk proces / 358
6.3.7 Bijzondere procedures: spoedeisendheid en verstek / 358
421 Spoedeisende procedures / 358
422 Verstekprocedures / 359
6.3.8 Arbitrage / 360
423 Rechtstoepassing in arbitrage: flexibel, maar onbepaald / 360
6.3.9 Buitengerechtelijke en voluntaire aangelegenheden / 361
424 Bijzondere positie conflictenrecht buiten rechte / 361
425 Voluntaire procedures / 361

6.4 Conclusies / 362
426 Verschil in theorie, overeenkomst in de praktijk / 362

7. De waarde van het adagium *iura novit curia* voor buitenlands recht / 365

427 Probleem van vreemd recht en gepastheid van het adagium / 365
428 Analyse: vier elementen / 366

7.1 'Iura': het karakter van buitenlands recht / 367
429 Een theoretisch onderscheid / 367
7.1.1 Buitenlands recht: karakterisering / 367
430 Feit of recht? / 367
431 Argumenten voor beide benaderingen / 368
432 Verstard concept / 369
433 Alternatieve benaderingen / 370
7.1.2 Andere normencomplexen: overeenkomsten en verschillen / 371
434 Drie normencomplexen / 371
435 Overeenkomsten / 373
436 Verschillen / 374
7.1.3 Een alternatieve typering / 375
437 'Autonoom' versus 'heteronoom' recht / 375
438 Relevantie voor vreemd recht / 376
439 Vergelijking met andere normencomplexen / 376
440 Verklarend concept / 376

7.2 'Novit': vreemd recht als kennisprobleem / 378
441 Het ontbreken van kennis over het recht / 378
7.2.1 Vergelijking met het eigen recht en andere proceselementen / 378
442 'Autonoom' versus 'heterenoom' recht / 378
443 Onderzoek vereist / 379
444 Andere proceselementen / 379
7.2.2 Assistentie / 380
445 Wederzijdse afhankelijkheid / 380
446 Manieren / 381
447 Twee consequenties / 382
7.2.3 Kosten / 383

448 Rechtstoepassing als kostenpost / 383
7.2.4 Vergelijking met 'judicial notice' / 383
449 Twee doctrines / 383
450 *Judicial notice:* kennisdomein van de rechter / 383
451 *Iura novit curia:* continentaal 'feit-recht'-onderscheid / 384
7.2.5 'Novit' als fictie / 385
452 Een 'kennisfictie' / 385

7.3 'Curia': de positie van de rechter en de invloed van het procesrecht / 386
453 Bijzondere aard van procedures / 386
7.3.1 Rechter en niet-gerechtelijke autoriteit / 386
454 Processueel conflictenrecht als bijzondere categorie? / 386
455 'Ambt' versus 'werkzaamheden' / 387
456 Vergelijking abs en notaris / 389
457 Afweging / 389
7.3.2 Rechter en arbiter / 391
458 Eigen aard arbitrage / 391
459 Overeenkomsten / 391
460 Verschillen / 392
461 Afweging: iura novit arbiter? / 394
462 Arbitrage als voorbeeld voor procedures voor de overheidsrechter? / 395
7.3.3 Rechter in contentieuze en non-contentieuze procedures / 396
463 Verschillen / 396
464 Overeenkomsten / 397
7.3.4 Invloed van het procesrecht / 397
465 Contentieuze rechtstoepassing heeft een eigen karakter / 397
466 Processuele rechtvaardigheid / 397

7.4 'Internationaal': verschil met interne gevallen en de invloed van het conflictenrecht / 398
467 Conflictenrecht als rechtvaardiging voor *iura novit curia*? / 398
7.4.1 Conflictenrecht als materiële rechtvaardiging voor de ambtshalve toepassing / 399
468 Heeft het conflictenrecht een dwingend karakter? / 399
469 Nieuwe ontwikkelingen: partijautonomie, begunstiging, bescherming / 400
470 Welke aard heeft het conflictenrecht? / 401
7.4.1.1 De rechtskeuze en processuele dispositievrijheid / 401
471 Partij-invloed bij gebreke van een rechtskeuzemogelijkheid? / 401
472 Gevaltypen van de beperkte rechtskeuze / 402
473 Probleem slechts beperkt / 403
474 Invloed vormvoorschriften / 404
7.4.1.2 Belangen in het conflictenrecht: publiek of privaat? / 405
475 Aard en doelstellingen objectieve verwijzingsregels / 405
476 Savigniaans conflictenrecht / 405
477 Publieke belangen in het (Savigniaanse) conflictenrecht / 406
478 Beschermende conflictregels / 407

479 Overige verwijzingsmodellen / 407
480 Consequenties / 408
7.4.1.3 Derdenbelangen en het toepasselijke recht / 409
481 Benadeling van derden: een beperkt probleem / 409
482 Derdenbescherming in conflictenrecht zelf / 410
7.4.2 De rechtsbron van de conflictregel / 411
483 'Formele' rechtvaardiging voor *iura novit curia*? / 411
7.4.2.1 Verdragenrecht / 412
484 Verdragenrecht: Boll-zaak / 412
485 Weens Verdragenverdrag / 414
486 Conclusie / 416
7.4.2.2 Europees conflictenrecht / 416
487 Geen ambtshalve toepassing vereist / 416
7.4.3 Verschillen internationale en interne gevallen / 417
488 Betrekkelijke waarde van conflictenrechtelijke beginselen / 417
489 Verschil interne en internationale procedures / 417

7.5 Conclusie: de waarde van iura novit curia voor internationale gevallen / 418
490 Waarde van het adagium / 418
491 Fictief karakter van het adagium / 419
492 Acceptatie onder voorwaarden / 419

8. *Lex ferenda:* versterking van de rechtstoepassing / 421

493 Regeling van de processuele status? / 421

8.1 *Iura novit curia* en de processuele status van conflicten- en vreemd recht / 421
494 Vraagstelling / 421
8.1.1 De taakverdeling bij de rechtstoepassing: ambtshalve optreden of partij-initiatief? / 422
495 Rechtstoepassing als één geheel / 422
8.1.1.1 Rechtstoepassing algemeen / 422
496 Context / 422
497 Argumenten voor en tegen / 423
498 Opties / 424
8.1.1.2 Conflictregel / 424
499 Ambtshalve toepassing vereist? / 424
500 Dispositievrijheid versus rechtskeuzevrijheid / 425
501 Facultatief conflictenrecht wenselijk? / 427
502 Afweging: actieve of passieve houding van de rechter? / 428
503 Antikiesregel / 430
504 Conclusie: rechterlijke aanwijzing als plicht / 430
8.1.1.3 Buitenlands recht / 431
505 Achtergrond: processuele status context-gebonden / 431
506 Verantwoordelijkheid bij de rechter / 432
507 Verantwoordelijkheid bij partijen / 432

508 Afweging: ambtshalve toepassing of partij-initiatief? / 433
509 Assistentie door partijen: gezichtspunten / 434
510 Toepassing schema gezichtspunten / 436
511 Conclusie / 438
8.1.1.4 Conclusie / 438
512 Partij-invloed toegestaan, mits geïnformeerd / 438
8.1.2 De vaststelling van internationale elementen / 439
513 In beginsel partijautonomie / 439
514 Bijzonder processueel regime? / 440
515 Verantwoordelijkheidstoedeling / 441
516 Conflictenrecht versus bevoegdheidsrecht / 441
8.1.3 Het onderzoek naar vreemd recht: modaliteiten en kosten / 442
8.1.3.1 Modaliteiten / 442
517 Manieren om de inhoud te achterhalen / 442
518 Flexibiliteit en verantwoording / 442
519 Geen volledige vormvrijheid / 443
520 Overige manieren / 443
8.1.3.2 Kosten / 444
521 Redelijke verdeling van kosten / 444
522 Gezichtspuntenschema / 444
523 Sommige kosten voor rekening van de partijen / 445
524 Preprocessuele fase? / 445
8.1.4 Niet-vaststelbaarheid van de inhoud van vreemd recht: maatstaf en alternatieven / 446
8.1.4.1 Algemeen / 446
525 Belangenafweging / 446
526 Overige belangen / 447
527 Partijautonomie? / 448
528 Derdenbelangen en statelijke belangen / 448
8.1.4.2 Maatstaf / 448
529 Afhankelijk van initiële verantwoordelijkheidstoedeling / 448
530 Relatieve onkenbaarheid / 449
8.1.4.3 Alternatieven / 449
531 Lex fori als uitgangspunt / 449
532 Afwijzing van andere alternatieven / 450
533 Uitzonderingen / 451
8.1.5 Interpretatie van buitenlands recht / 451
534 Onderscheid / 451
535 Een beperkte bevoegdheid tot interpretatie / 452
536 In beginsel geen rechtsvorming / 453
8.1.6 Bijzondere en spoedeisende procedures / 454
8.1.6.1 Spoedeisende procedures / 454
537 Voortvarendheid versus accessoriteit / 454
538 Andere voorzieningen dan een zuivere ordemaatregel / 455
539 In beginsel lex fori, tenzij… / 455
8.1.6.2 Verstekprocedures / 456

540 Prima facie beoordeling / 456
8.1.7 Buitenlandse voorrangsregels / 457
541 Bijzondere aard voorrangsregels / 457
542 Redelijkerwijs te verwachten kennis / 457
543 Procesdossier / 458
544 Belangafweging / 458
8.1.8 De rechtstoepassing in hogere instanties / 459
545 Algemeen / 459
546 Aard van de toetsing en het gezagsprobleem / 459
547 Rechtsbeschermingsfunctie / 459
548 Vreemd recht in appel / 460
8.1.9 Buitengerechtelijke autoriteiten en voluntaire procedures / 460
549 Niet-gerechtelijke autoriteiten / 460
550 Voluntaire procedures / 461
8.1.10 Arbitrale procedures / 461
551 Aard van het probleem / 461
552 Bestaande voorstellen / 463
553 Geen noodzaak voor *iura novit arbiter* / 464
554 Geen rechtsinhoudelijke toetsing / 465
555 Vergewisplicht voor de arbiter / 466
556 Voordelen / 467
8.1.11 Conclusie / 468
557 Conclusie / 468

8.2 Verbetering van de toegang tot vreemd recht op Europees en mondiaal niveau / 468
558 Verhelping van het kennis- en het gezagsprobleem / 468
8.2.1 Algemeen / 469
559 Onderzoeksmodaliteiten / 469
560 Praktische problemen bij het doen van onderzoek / 469
561 Reeds gedane voorstellen / 470
8.2.2 Historische achtergrond / 470
562 Eerdere initiatieven / 470
563 Rechtshulpverdragen / 471
564 Hernieuwde aandacht / 472
8.2.3 De Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht: 'Access to Foreign Law' / 473
565 Plan van aanpak van de Haagse Conferentie / 473
566 Veel nadruk op online beschikbare informatie / 474
8.2.4 De Europese Overeenkomst van 1968 en vergelijkbare instrumenten / 474
567 Algemeen / 474
568 Nadelen / 475
569 Voordelen / 477
8.2.5 Het Europese Justitiële Netwerk / 477
570 Achtergrond / 477
571 Procedure / 478

572 Voor- en nadelen / 479
573 Veranderingen? / 480
8.2.6 De 'intra-Europese prejudiciële vraag' / 480
574 Een academisch voorstel / 480
8.2.6.1 Introductie / 480
575 Achtergrond / 480
8.2.6.2 Het Amerikaanse recht en de UCQLA / 481
576 De Verenigde Staten: federale achtergrond / 481
577 'Erie doctrine' / 482
578 UCQLA / 483
579 Toepassing van buitenlands recht? / 484
8.2.6.3 De 'Memoranda of Understanding' van de New South Wales Supreme Court / 485
580 Singaporese zaak Westacre v. Yugoimport / 485
581 MoU: procedure / 486
582 Bijzonderheden MoU / 486
8.2.6.4 Een 'prejudiciële beslissing' voor intra-Europese zaken? / 487
583 Rechtskarakter / 487
584 Procedurele inkadering / 487
8.2.6.5 Verschil met prejudiciële procedure Hof van Justitie EU / 488
585 Verticale versus horizontale verhouding / 488
586 Uitleg versus inhoud / 488
587 Standpunten van de partijen / 489
8.2.7 Waardering van de verschillende mogelijkheden / 489
588 Maatstaf / 489
8.2.7.1 Eigen onderzoekingen (I) / 490
589 Verbetering directe toegang tot vreemd recht; voordelen / 490
590 Nadelen / 490
8.2.7.2 Assistentie van partijen (II) / 491
591 Kosten / 491
8.2.7.3 Assistentie van buitenlandse administratieve of diplomatieke autoriteiten (III) / 492
592 Verbeterpunten / 492
593 Dezelfde procedure, verschillende instanties / 492
594 Europese 'stroomlijning' van de Europese Overeenkomst? / 493
8.2.7.4 Assistentie van buitenlandse rechterlijke autoriteiten (IV) / 494
595 Verschillende vormen / 494
596 Voor- en nadelen / 495
597 Slechts bij uitlegvragen / 496
598 Welke rechters? / 496
599 Termijn / 497
600 Weigering van prejudiciële beslissing? / 498
8.2.7.5 Assistentie van derden: deskundigen en amici curiae (V) / 498
601 Vormen / 498
602 Voor- en nadelen / 498
603 Amicus curiae / 500

8.3 Conclusies / 501
604 Coöperatie boven unificatie / 501

9. Aanbevelingen / 503

605 Plan van behandeling / 503

9.1 Voorstel voor een nieuw instrument / 503
606 Voorstellen / 503
9.1.1 Eenmaking van de processuele status van vreemd recht: naar een 'Rome 0'-verordening? / 504
607 Unificatie van processuele status / 504
608 Buiten de EU / 504
9.1.1.1 Opgelegde ambtshalve toepassing of decentralisatie? / 506
609 'Algemeen deel' van het Europees ipr / 506
9.1.1.2 Rechtsgrondslag voor een nieuw instrument / 506
610 Rechtsgrondslag: algemeen / 506
611 Europese Unie / 507
9.1.1.3 Subsidiariteit en proportionaliteit / 509
612 Algemeen / 509
613 Subsidiariteit / 509
614 Proportionaliteit / 510
9.1.1.4 Algemene of bijzondere regeling? / 510
615 'Rome 0'-Verordening / 510
616 Verordening als rechtsbron / 511
9.1.1.5 Effectiviteit, efficiëntie en legitimiteit / 511
617 Effectieve regeling? / 511
618 Overige belangen / 512
9.1.1.6 Conclusie en aanbevelingen / 513
619 Minimumnormen / 513
9.1.2 Toegang tot vreemd recht: een 'Rechtstoepassingsverordening'? / 513
620 Rechtskennis als probleem / 513
9.1.2.1 De EU als initatiefnemer / 514
621 Brede aanpak / 514
9.1.2.2 Derde staten / 515
622 Verdragen; toetreding tot andere multilaterale verdragen / 515
9.1.2.3 Vorm / 516
623 Verordening of richtlijn? / 516
9.1.2.4 Conclusie / 517
624 Verantwoordelijkheid EU / 517
9.1.3 Aanbevelingen / 517
625 Geen algehele unificatie / 517
626 Informatie-uitwisseling / 518
627 Prejudiciële vragen / 518
628 Deskundige hulp / 519

9.2 Alternatieven voor de huidige situatie? / 519
629 Andere methoden dan toepassing van buitenlands recht / 519
9.2.1 Internationaal bevoegdheidsrecht: forum non conveniens / 519
630 Bevoegdheid als oplossing / 519
631 Afweging / 520
9.2.2 De conflictenrechtelijke methode: Gleichlauf en lex fori in proprio foro / 521
632 Verschil tussen 'forum' en 'ius' verkleinen / 521
633 Consequenties voor de conflictenrechtelijke methode / 522
9.2.3 De eenvormige methode / 522
634 'Europees BW' / 522
635 Omstandigheden voor materieelrechtelijke unificatie / 523
636 '28ste model' / 524
637 Afweging / 524
9.2.4 Erkenning in plaats van toepassing: Westacre v. Yugoimport / 525
638 Erkenning als oplossing / 525
639 Voor- en nadelen / 526
640 Eenvoudige rechtsvragen / 528

9.3 Aanbevelingen voor het Nederlandse recht / 528
641 Aanpassingen / 528
9.3.1 Verduidelijking processuele status van internationale elementen (I) / 529
642 Mogelijkheden / 529
643 Consequenties / 530
644 Aanbeveling / 530
9.3.2 Verduidelijking processuele inkadering van het conflictenrecht: omvang rechtsstrijd en karakter excepties (II) / 531
645 Relatie art. 10:2 BW en art. 24 en 25 Rv onduidelijk / 531
646 Processuele beschikkingsvrijheid / 532
647 Processuele openbare orde / 532
648 Stelplicht bij sommige excepties / 533
649 Aanbeveling / 533
9.3.3 Stroomlijning van het conflictenrechtelijke procedé in de procedure (III) / 534
650 Conflichtenrecht zo vroeg mogelijk behandelen / 534
651 Substantiëringsplicht? / 535
652 Incident? / 535
653 Invloed KeI-wetgeving / 536
9.3.4 Partijassistentie en investeringen in de toegang tot vreemd recht (IV) / 536
654 Verduidelijking 'plicht' tot medewerking partijen / 536
655 Factoren / 537
656 Kosten / 538
9.3.5 Verduidelijking van de maatstaf van en de alternatieven voor onkenbaarheid (V) / 539
657 Maaststaf / 539
658 Lex fori als primair surrogaatrecht / 539
659 Overige opties niet overtuigend / 540

9.3.6 Verduidelijking van de positie van vreemd recht in hogere instanties (VI) / 541
660 Algemeen; appel / 541
661 Cassatie / 542
9.3.7 Verduidelijking van de positie van vreemd recht in bijzondere procedures (VII) / 543
662 Kort geding / 543
663 Verstek / 545
9.3.8 Verduidelijking van het verschil met buitenlands recht in extrajudiciële gevallen (VIII) / 545
664 Buitengerechtelijke autoriteiten: geen 'plicht' tot ambtshalve toepassing / 545
665 Verduidelijking wetgeving / 546
9.3.9 Concrete aanbevelingen voor wetswijzigingen / 546
666 Aanpassing wettelijke voorschriften / 546

9.4 Conclusie / 548
667 Conclusie / 548

10. Conclusies: *iura novit curia* als opdracht / 549

668 Overzicht / 549
669 *Iura novit curia:* achtergrond en receptie / 549
670 Bijzonderheden adagium in internationale gevallen / 551
671 Supranationale regeling processuele behandeling onwenselijk / 552
672 Verbetering toegang tot informatie / 554
673 Gezagsprobleem / 555
674 Verbeteringen Nederlandse situatie: overzicht / 556
675 Procesrechtelijke inkadering art. 10:2 BW / 557
676 Internationale elementen / 559
677 Actieve(re) houding partijen; kosten; onkenbaarheid / 560
678 Voorrangsregels / 561
679 Cassatie: meer nadruk op rechtsbeschermingsfunctie / 562
680 Kort geding / 562
681 *Iura novit curia:* een vooruitblik / 563

Summary / 565

Literatuurlijst / 571

Trefwoordenregister / 587

Artikelenregister / 595

Jurisprudentielijst / 599

Curriculum vitae / 609

PHD Portfolio / 611

LIJST MET AFKORTINGEN

aant.	aantekening
A.C.	Appeal Cases
a.F.	alte Fassung (voormalige tekst)
A-G	Advocaat-Generaal
AG	Amtsgericht
All E.R.	All England Law Reports
AJCL	American Journal of Comparative Law
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
art.	artikel
AuRAG	Auslands-Rechtsauskunftgesetz
AYIA	Austrian Yearbook on International Arbitration
BAG	Bundesarbeitsgericht
BCLC	Butterworths Company Law Cases
Beav.	Beavan's Rolls Court Reports
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BES	Bonaire, Saba en St Eustatius
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BRP	Basisregistratie Personen
BT-Drucks.	Bundestag Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Burgerlijk Wetboek
BWNotZ	Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg
c.	chapter
CA	Court of Appeal
CADR	Consumenten-ADR
Ch.	Law Reports, Chancery Division (3rd Series), Chapter
CJQ	Civil Justice Quarterly
CLC	Commercial Law Cases
CMLR	Common Market Law Review
Cornell L. Rev.	Cornell Law Review

Cowp	Cowper's King's Bench Reports
CPO	Civilprozeßordnung
CPR	Civil Procedure Rules 1998
D.	Dunlop, Bell & Murray's Reports, Second Series Session Cases
diss.	dissertatie
Dow & Ry NP	Dowling and Ryland's Nisi Prius Cases
ECLI	European Case Law Identifier
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EEX	Verordening (EG) Nr. 44/2001 van de Raad van 22 december 2000 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en de tenuitvoerlegging van van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 21/1
EG	Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürglichen Gesetzbuch
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EJN	Europees Justitieel Netwerk
EK	Eerste Kamer
EMLR	Entertainment and Media Law Reports
EP EVRM	Eerste Protocol bij het EVRM
ERPL	European Review of Private Law
EU	Europese Unie
EVO	Europees Verdrag inzake het op overeenkomsten toepasselijke recht
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
EWHC	England and Wales High Court
EWCA Civ.	Court of Appeal Cases (England and Wales)
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten defreiwilligen Gerichtsbarkeit (sinds 1 september 2009)
FamGKG	Familiengerichtskostengesetz
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (tot 1 september 2009)
FLR	Family Law Reports
GEDIP	Groupe européen de droit international privé
GG	Grundgesetz
GKG	Gerichtskostengesetz
GPR	*Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht/Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (European Community private law review/Revue de droit privé communautaire)*
GS	Groene Serie
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie

Herschikte EEX	Verordening (EU) Nr. 1215/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2012 betreffende de rechterlijke bevoegdheid, de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken (herschikking), *PbEU* 2012, L 351/1
HKOV	Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980
HHV	Haags Huwelijksverdrag 1978
HL	House of Lords
HLC	Clark & Finnelly's House of Lords Reports New Series
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJ EG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (tot 1 december 2009)
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie (sinds 1 december 2009)
ICJ Reports	International Court of Justice Reports
i.h.b.	in het bijzonder
IGH	Internationaal Gerechtshof
IJI	Internationaal Juridisch Instituut
IJPL	International Journal of Procedural Law
IJSL	International Journal of Semiot Law
Int. A.L.R.	International Arbitration Law Review
Int'l Trade & Bus.L.Rev.	International Trade and Business Law Review
ipr	internationaal privaatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrecht
IPRspr.	Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts im Jahre …(IP-Rechtsprechung)
Herschikte EIV	Verordening (EU) 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), *PbEU* 2015, L 141/19
EIV	Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, *PbEG* 2000, L 60/1
i.w.t.	inwerkingtreding
JC	Justiciary Cases
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
JR	Juristische Rundschau
Jur.	Jurisprudentie (Hof van Justitie EG/EU)
JVEG	Justizvergütungs- und -entschädigungsgesetz
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KB	King's Bench Division (Law Reports)
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landesgericht
L.J. Ch.	Law Journal Reports, Chancery New Series
Ll. Rep.	Lloyd's Law Reports
LT	Law Times Reports
LQR	Law Quarterly Review

MDR	Montschrift für Deutsches Recht
m.nt.	met noot
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
MittBayNot	Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern
MittRhNotK	Mitteilungen der Rheinischen Notarkammer
MJ	Maastricht Journal of European and Comparative Law
MoU	Memorandum of Understanding
MüKo	Münchener Kommentar
MvA	Memorie van Antwoord
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
NIPR	Nederlands Internationaal Privaatrecht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	numero
NTIR	Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
OLG	Oberlandesgericht
OUP	Oxford University Press
p.	pagina
P.	Law Reports (Probate)
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen (tot 1 februari 2003)
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie (sinds 1 februari 2003)
PD	Practice Direction
Peake	Peake's Nisi Prius Reports
P.N.L.R.	Professional Negligence and Liability Reports
PP	Praktisch Procederen
QB	Law Reports, Queen's Bench
r.	rule
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rb.	Rechtbank
RenR	Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie
resp.	respectievelijk
RGZ	Entscheidungen des Reichsgericht in Zivilsachen
RHDI	Revue hellénique de droit international
RIW	Recht der Internationalen Wirstschaft
RJ&D ECHR	Reports of Judgments and Decisions European Court of Human Rights
r.o.	rechtsoverweging
RMT	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
RSC	Rules of the Supreme Court (tot 1999)

Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
s.	section
SALJ	The South African Law Journal
SC	Supreme Court
SGCA	Singapore Court of Appeals
SJER	Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht
SLR	Singapore Law Reports
SLT	Scots Law Times
S&S	Schip & Schade
Stb.	Staatsblad
T&C	Tekst & Commentaar
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TK	Tweede Kamer
Trb.	Tractatenblad
TS	Supreme Court of the Transvaal (Law Reports)
Tul. L. Rev.	Tulane Law Review
TvA	Tijdschrift voor Arbitrage
UKHL	UK House of Lords (tot 1 oktober 2009)
UKSC	UK Supreme Court (sinds 1 oktober 2009)
Va. J. Int. L.	Virginia Journal of International Law
VersR	Versicherungsrecht
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
vtnt.	voetnoot
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
WCN	Wet Conflictenrecht Namen
Wet AB	Wet van 15 mei 1829, *Stb.* 28, houdende algemeene bepalingen der wetgeving van het Koninkrijk
WLR	Weekly Law Reports
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WVV	Weens Verdragenverdrag 1968
YPIL	Yearbook of Private International Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZvglRWiss	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZP Int.	Zeitschrift für Zivilprozess international

1. INLEIDING

1.1 Iura novit curia en buitenlands (privaat)recht

1 Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden

Het is een algemeen beginsel van burgerlijk procesrecht dat de procederende partijen in een geding niet verplicht zijn om bewijs te leveren van de inhoud van de toepasselijke rechtsregels. In plaats daarvan is het aan de rechter om deze regels te kennen en ambtshalve toe te passen.[1] Dit wordt gerechtvaardigd met een beroep op het Latijnse adagium *ius curia novit*: de rechter kent het recht.[2] In internationaal verband staat het bekend als *iura novit curia.* Alternatieve benamingen zijn *da mihi facta, dabo tibi ius* ('geef mij de feiten, dan geef ik het recht'), *curia novit legem*,[3] of – maar dit is zeldzaam – *juridica non sunt probanda* ('juridische aangelegenheden behoeven geen bewijs').[4] In het Nederlandse procesrecht spreekt men van de ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden door de rechter, zoals vereist door art. 25 Rv.[5] Vaak wordt het probleem geïllustreerd aan de hand van de casus dat een partij haar vordering tot schadevergoeding baseert op onrechtmatige daad, terwijl de rechter van mening is dat het eigenlijk een geval van wanprestatie betreft. De rechter hoeft in dat geval de vordering niet af te wijzen, noch de eiser niet-

1 Zie voor de geschiedenis van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden het proefschrift van J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding (diss. Leiden)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1970, i.h.b. p. 3-35.

2 In deze studie zal de variant '*iura novit curia*' worden gebruikt.

3 F.A. Mann, 'Fusion of the Legal Professions?', *LQR* 1977, p. 367-377, op p. 369.

4 Deze uitdrukking lijkt een aftreksel van het bekende bewijsrechtelijke adagium *negativa non sunt probanda*. Zij is dan ook maar in twee uitspraken terug te vinden, namelijk in HR 17 februari 2006, *NJ* 2006/378 (Royal/Universal Pictures) en in de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage in de *Baby Kelly*-zaak (Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, *NJ* 2003/249, r.o. 28). Verder wordt hiernaar ook verwezen door K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 534, vtnt. 19, en R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011, p. 12.

5 En voor 2002 door art. 48 Rv (oud).

ontvankelijk te verklaren, maar kan op basis van de vaststaande en door de partijen ingeroepen feiten de vordering op een andere grondslag toewijzen.[6]

2 Buitenlands recht: contradictio in terminis?

De toepassing van een beginsel als *iura novit curia* hoeft niet voor veel problemen te zorgen in een zuiver interne aangelegenheid, dat wil zeggen, als de Nederlandse rechter moet oordelen over een rechtsverhouding die door Nederlands recht wordt beheerst. Maar hoe zit het als sprake is van een internationaal geval, waarin een conflictregel verwijst naar een buitenlands rechtsstelsel? Men kan zich de situatie indenken van een Duitse aannemer en een Nederlandse opdrachtgever die voor de Nederlandse rechter procederen. Als de Duitse partij het overeengekomen bedrag voor de door hem verrichte diensten vordert, zal daarop het Duitse recht van toepassing zijn als het recht van de gewone verblijfplaats van de dienstverlener.[7] De Nederlandse rechter moet in dat geval het Duitse recht toepassen, maar kent hij dat recht wel? Gaat het beginsel *iura novit curia*, 'de rechter kent het recht', in dat geval nog op? Of moet, bij wijze van analogie, worden uitgegaan van '*ius curia ignorat*'?[8] Het lijkt er hoe dan ook op dat *iura novit curia* in een internationale context een andere lading krijgt.[9]

3 Hulpmiddelen voor de rechter

Het is weliswaar niet waarschijnlijk dat de nationale rechter kennis heeft van het buitenlandse recht dat hij misschien moet toepassen, maar dat betekent niet dat hij volledig machteloos staat. Er zijn verschillende manieren waarop de nationale rechter deze informatie kan verkrijgen. Een voorbeeld is de Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht van 1968,[10] volgens welke de rechter een buitenlandse autoriteit om inlichtingen kan verzoeken, of de benoeming van een deskundige op het gebied van het buitenlandse recht, die de rechter kan voorlichten. Zo kan het kennistekort van de rechter worden gecompenseerd en het vreemde recht alsnog worden toegepast. Dat neemt niet weg dat deze middelen wel bepaalde nadelen kennen die de hantering ervan bemoeilijken. Deze

---

6 Zie bijvoorbeeld W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk (m.m.v. J.M.L. van Duin, R.S.I. Lawant en I.C. Blomsma), *Hoofdlijnen van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy 2015/120.

7 Ex art. 4 lid 1 sub b Rome I-Verordening.

8 'De rechter kent het recht niet', ontleend aan H.U. Jessurun d'Oliveira, *De antikiesregel. Enkele aspecten van de processuele behandeling van buitenlands recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1971, p. 92.

9 H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel Appel. Burgerlijk Proces & Praktijk. 2*, Deventer: Kluwer 2009, no. 252, die stellen dat het adagium *ius curia novit* in het kader van buitenlands recht 'minder toepasselijk' is.

10 Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht, Londen 7 juni 1968, *Trb.* 1968, 142. Dit verdrag, dat onder auspiciën van de Raad van Europa tot stand is gebracht, is in Nederland goedgekeurd bij Rijkswet van 30 juni 1976 tot goedkeuring van de op 7 juni 1968 te Londen gesloten Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht (Trb. 1968, 42), *Stb.* 1976, 370 (*Trb.* 1977, 15). Deze overeenkomst zal worden aangehaald als 'Europese Overeenkomst'.

omstandigheid heeft bij sommigen tot de opvatting geleid dat de kwaliteit van rechtsbedeling door dit 'kennisgebrek' van de rechter zodanig ondermaats is, dat het beter zou zijn om de toepassing van conflictregels – en dus de eventuele toepasselijkheid van een buitenlands rechtsstelsel – afhankelijk te maken van de wil van de procespartijen. Dit systeem, beter bekend als *facultatief conflictenrecht*, is in Duitsland en Nederland door sommige auteurs verdedigd,[11] maar heeft tot op heden in die stelsels geen ingang gevonden.

1.2 Buitenlands recht als probleem

4 Drie recente voorbeelden

Recentelijk hebben er zich drie ontwikkelingen voorgedaan die erop duiden dat de kennis en toepassing van buitenlands recht nog steeds problematisch is. Steeds ging het daarbij om de vraag of de rechter zich de inhoud van buitenlands recht eigen moet of kan maken. Deze voorvallen hebben zich voorgedaan op Nederlands, Europees en mondiaal niveau.

1.2.1 Het Nederlandse recht: de arresten Al Rafidain/Solvochem en ICL/Potasse

5 Art. 10:2 BW en Al Rafidain/Solvochem

Het is ruim honderd jaar vaste rechtspraak van de Hoge Raad dat conflictregels en buitenlands recht ambtshalve door de rechter moeten worden toegepast.[12] Recentlijk is dit uitgangspunt gecodificeerd in art. 10:2 BW. Dit betekent dat *iura novit curia* niet alleen voor het eigen recht, maar ook in gevallen met een grensoverschrijdend element als richtinggevend adagium wordt aanvaard. Dat desondanks de toepasselijkheid van buitenlands recht in het civiele geding nog aanleiding tot problemen kan geven, bewijst het in 2012 gewezen arrest in de zaak *Al Rafidain Bank/Solvochem*.[13]

Deze zaak betrof de levering van chemische stoffen door de Nederlandse vennootschap Solvochem aan een Iraakse onderneming. De laatste had aan haar bank Al Rafidain opdracht had gegeven om

11 Respectievelijk Axel Flessner in Duitsland en Ted de Boer in Nederland. Zie daarvoor A. Flessner, 'Fakultatives Kollisionsrecht', *RabelsZ* 1970, p. 547-584; Th.M. de Boer, 'Facultative Choice of Law', *RCADI* 1996, p. 223-427; en Th.M. de Boer, 'De fictie van een neutraal conflictenrecht', in: Kotting, J.A. Pontier, & L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori. Symposium gehouden op vrijdag 26 september 2003 ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. Th.M. de Boer als hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Universiteit van Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2004, p. 37-57. Ook andere auteurs hebben zich wel een voorstander betoond van een systeem van facultatief conflictenrecht, zoals F. Sturm, 'Fakultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen', in: H. Bernstein, U. Drobnig en H. Kötz, *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr 1981, p. 329-355.

12 Aangenomen wordt dat de vaste lijn van jurisprudentie begint met het arrest HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865 (*Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*). Zoals in hoofdstuk 2 en hoofdstuk 6 nog aan de orde zal komen, is het voor twijfel vatbaar of het precieze omslagpunt ligt in 1915 of in 1927, het jaar waarin het *Benima/Rohner*-arrest (HR 8 april 1927, *NJ* 1927, p. 1110, m.nt. PS) werd gewezen.

13 HR 6 april 2012, *NJ* 2013/235, m.nt. ThMdB, *JOR* 2012, 218, m.nt. Van der Plas.

> onherroepelijk documentair krediet te openen ten gunste van Solvochem. De documenten die door Solvochem aan Rafidian als *issuing bank* werden aangeboden, moesten vergezeld gaan van wissels die door Solvochem aan eigen order op Rafidain waren getrokken. Toen na aanbieding van de documenten betaling uitbleef, stelde Solvochem bij de Nederlandse rechter een vordering in tegen Al Rafidain. Tijdens de procedure kwam de vraag op of de vorderingen van Solvochem inmiddels waren verjaard. De bank meende van wel, omdat de vorderingen als een 'zuivere wisselvordering' in de zin van het Verdrag van Genève[14] moesten worden gekwalificeerd, maar volgens Solvochem betroffen het zelfstandige vorderingen, die werden beheerst door het regime van het EVO.[15] Dit verschil van inzicht was niet zonder belang; in het eerste geval zou de vordering namelijk worden beheerst door Nederlands recht en reeds na 1 jaar zijn verjaard, terwijl in het tweede geval het Iraakse recht van toepassing was dat waarschijnlijk een langere verjaringstermijn kende. Uiteindelijk volgde de rechter Solvochem in haar betoog dat sprake was van een zelfstandige verbintenis en verklaarde het Iraakse recht van toepassing op de vraag naar de verjaring.

Hoewel het gerechtshof de kwestie van de verjaring had beslecht door deze onder het contractstatuut te laten vallen, was daarmee het probleem nog niet opgelost. De vraag rees namelijk welke verjaringstermijn naar Iraaks recht *in casu* van toepassing was. Solvochem was van mening dat art. 429 van de Iraakse *Civil Code* van toepassing was, welke bepaling een verjaringstermijn van vijftien jaar kende. De Bank had, nadat zij de gelegenheid had gekregen om haar stellingen aan te passen, daartegen volgens het hof te weinig ingebracht (rov. 4.16):

> 'Rafidain Bank heeft daar onvoldoende tegen ingebracht met de niet gemotiveerde stelling dat de vordering van Solvochem wordt beheerst door een specifieke korte verjaringstermijn van de Iraakse Commercial Code. Zij heeft verzuimd de door haar bedoelde wettekst in het geding te brengen, terwijl ook anderszins niet is gesteld of gebleken wat de voorwaarden zijn voor toepasselijkheid van bedoelde kortere verjaringstermijn of zelfs maar wat de duur is van die termijn. Nu Rafidain Bank niet betwist dat de vordering van Solvochem onder de L/C's met inachtneming van een verjaringstermijn van vijftien jaar niet is verjaard, moet het verjarings-verweer van Rafidain Bank als onvoldoende gemotiveerd worden verworpen.'

Naar het oordeel van het hof had de Bank dus te weinig gesteld om de stelling van Solvochem te betwisten en had zij tevens verzuimd om de wettekst in het geding te brengen.

6 Oordeel Hoge Raad

De Bank ging tegen het oordeel van het Hof in cassatie. Zij voerde daarbij aan dat het hof haars inziens blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat buitenlands recht een feitelijke vraag betreft waarop het stelsel van art. 149 Rv van toepassing is. Het hof zou aldus hebben miskend dat het krachtens art. 25 Rv verplicht

---

14 Verdrag tot regeling van zekere wetsconflicten ten aanzien van wisselbrieven en orderbriefjes, Genève 7 juni 1930, *Stb.* 1932, 397.

15 Hetgeen *de iure* niet helemaal juist was, omdat de vorderingen eigenlijk buiten het temporele toepassingsgebied van het EVO vielen. Zij waren immers ontstaan voordat het EVO voor Nederland op 1 september 1991 in werking was getreden. Dit was volgens *NJ*-annotator De Boer verder van weinig belang, omdat de regels van het EVO inhoudelijk overeenkwamen met het Nederlandse commune ipr van vóór inwerkingtreding van het EVO (zie zijn noot bij het arrest in *NJ* 2013, 235).

was de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Advocaat-Generaal Vlas was het daarmee eens. Onder verwijzing naar het arrest *Ehlers & Loewenthal*[16] uit 1915 en het recentelijk in werking getreden art. 10:2 BW stelde hij dat het heersende leer is dat buitenlands recht niet door partijen behoeft te worden gesteld en bij tegenspraak te worden bewezen, en concludeerde daarom tot vernietiging van het bestreden arrest. De Hoge Raad ging daar echter niet in mee. Weliswaar, zo oordeelde de Hoge Raad, nam de Bank 'terecht tot uitgangspunt' dat buitenlands recht geen te bewijzen feit betreft en dus ambtshalve door de rechter moet worden toegepast, maar toch kon dat onderdeel van het cassatiemiddel niet slagen (rov. 3.6.):

> 'Het oordeel van het hof moet aldus worden verstaan dat het naar Iraaks recht, zoals door Solvochem was bepleit, de algemene verjaringstermijn van vijftien jaar van art. 429 van de Iraakse Civil Code van toepassing heeft geacht, en niet, zoals door Rafidain Bank was bepleit, een specifieke kortere verjaringstermijn zoals neergelegd in de Iraakse Commercial Code, en voorts dat het verjaringsverweer van Rafidain Bank in het licht van die algemene verjaringstermijn van vijftien jaar als onvoldoende gemotiveerd moet worden verworpen. Over de juistheid van het oordeel dat de algemene verjaringstermijn van vijftien jaar van toepassing is, kan evenwel ingevolge het bepaalde in art. 79 lid 1, aanhef en onder b, RO in cassatie niet worden geklaagd. Daarop stuit het onderdeel af.'

Het oordeel van de Hoge Raad is in de literatuur niet bepaald met instemming ontvangen.[17] De Hoge Raad zou hebben miskend dat de rechter ambtshalve het vreemde recht moet toepassen en dat het hof feitelijk aan partijen een 'bewijsopdracht' inzake de inhoud van vreemd recht had gegeven door deze blijkbaar onder de stelplicht van art. 149 Rv te plaatsen. Op deze manier zou vreemd recht zijn verworden tot een feitelijke vraag. Het beroep van de Hoge Raad op art. 79 RO – inhoudende dat de toepassing van vreemd recht door de lagere rechter niet voor toetsing in cassatie in aanmerking komt – werd wel afgedaan als een 'dooddoener'.[18]

7 Consequenties uitspraak

Het is interessant om te zien dat een op het eerste gezicht zo 'eenvoudige' en 'gevestigde' regel als de ambtshalve toepassing van conflicten- en buitenlands recht ook een ruime eeuw later nog tot verschil van inzicht kan leiden op het hoogste gerechtelijke niveau. Wanneer na een dergelijk lange periode, en na de dissertaties van Jessurun d'Oliveira en Mostermans[19] nog onduidelijkheid bestaat over het onderwerp *iura novit curia* in relatie tot de toepassing van vreemd recht, rechtvaardigt dit nog eens te meer een onderzoek naar dit onderwerp.[20] Voor wat betreft

16 HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865.

17 Zie De Boer in zijn *NJ*-noot onder punt 5 en Van der Plas in haar noot in de *JOR* onder punt 10. Zie voorts N. Peters, *IPR, Proces & Arbitrage. Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. RUG), Groningen: RUG 2015, p. 206-209.

18 Volgens *NJ*-annotator De Boer, punt 5.

19 Zie, in het algemeen, Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, en P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht* (diss. Amsterdam UvA), 1996.

20 Inmiddels is ook het proefschrift van Peters verschenen, dat deels aandacht aan deze problematiek besteedt. Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 157-253.

het arrest *Al Rafidain/Solvochem* zal in de onderhavige studie een andere opvatting worden voorgestaan dan tot op heden in de doctrine is gebeurd. Verdedigd zal worden dat, hoewel de bewoordingen van zowel hof als Hoge Raad aan duidelijkheid te wensen overlieten,[21] deze beslissing niettemin kunnen worden 'ingepast' in de huidige procesrechtelijke leer. Ook het later gewezen arrest *ICL/Potasse*,[22] dat de vraag naar het gezag van gewijsde van een arbitrale uitspraak naar Engels recht betrof, doet daaraan niet af en kan ook worden verklaard door de procesrechtelijke inkadering van het ipr. Nochtans leidt dit tot de interessante vraag, welke van beide rechtsgebieden het primaat heeft of zou moeten hebben: is dat het ipr, dat het rechtssysteem openstelt voor vreemd (privaat)recht, of juist het burgerlijk procesrecht, dat de voorwaarden voor de toegang tot het recht en dus ook vreemd recht stelt? Met andere woorden, dient het procesrecht het conflictenrecht of dient het conflictenrecht juist het procesrecht? En, in meer algemene zin, in hoeverre past het antwoord op die vraag in de leer die verwoord is in art. 10:2 BW?

1.2.2 De Rome II-Verordening en de voorstellen van rapporteur Wallis

8 Geen Europese regeling

Terwijl de problematiek van de toepassing van verwijzingsregels en het daardoor aangewezen (buitenlandse) recht zelfs in het Nederlandse recht nog aanleiding kan geven tot misverstanden, is de situatie op Europees niveau niet veel anders. De EU heeft de laatste decennia veel werk gemaakt van de unificatie van het internationaal privaatrecht, eerst door verdragen en na de inwerkingtreding van het verdrag van Amsterdam[23] ook met gebruikmaking van instrumenten van secundair Unierecht, met het doel om binnen Europa een meer uniform verwijzingsresultaat tot stand te brengen. Desalniettemin heeft zij tot op heden geen antwoord geformuleerd op de vraag, of een dergelijke unificatie ook een eigen processuele status van verwijzingsregels en regels van buitenlands recht nodig heeft. Een Europese pendant van art. 10:2 BW heeft tot op heden het levenslicht nog niet gezien, hetgeen volgens sommige schrijvers de effectiviteit van de conflictregels kan ondermijnen.[24]

---

21 Zie ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 208.

22 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *JIN* 2015/225, m.nt. Van Weerden. Zie naar aanleiding van dit arrest Van Mierlo, in: *T&C Rv*, art. 25 Rv, aant. 1.

23 Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, Amsterdam 2 oktober 1997 (*PbEG* 1997, C 340/1).

24 Zie, o.a., C. Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011, p. 403-406. Zie ook de Madrid Principles, i.h.b. Principle IV (C. Esplugues e.a. (red.), *The Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 95). Anders: o.a. R. Hübner, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten. Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck 2014, p. 400-402, en K. Siehr, 'Application of Foreign Law In European Private International Law', in: M. Piers, H. Storme & J. Verhellen, *Liber Amicorum Johan Erauw* (Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2014), p. 159-174, op p. 173-174.

9 Voorbereiding van Rome II

Het probleem van de toepassing van conflicten- en buitenlands recht door de nationale rechter is wel onderkend door de Commissie Juridische Zaken van het Europees Parlement. Tijdens de voorbereiding van de Rome II-Verordening heeft deze Commissie JZ bij monde van haar rapporteur Diana Wallis een aantal wijzingen voorgesteld.[25] Zo zou het Voorstel voor de Rome II-verordening worden uitgebreid met bepaling 11bis en 11ter, waarvan de eerste bepaling inzake 'Stellingen van partijen omtrent het toepasselijke recht' luidde:

> 'Een partij in een geding die voor een nationaal gerecht een vordering of tegenvordering instelt in de zin van deze verordening, deelt het gerecht en de wederpartij via de dagvaarding of het daarmee gelijk te stellen inleidende processtuk mede, welk recht hij geheel of gedeeltelijk op zijn vordering van toepassing acht.'

Volgens dit amendement zou de eisende partij worden verplicht om in het inleidende processtuk aan te geven welk recht zij op de rechtsverhouding van toepassing achtte. Opvallend is dat voor de gedaagde een dergelijke plicht niet werd gesteld. Verder bevatte het voorschrift geen sanctie voor het geval waarin de eiser daarmee in gebreke zou blijven. De tweede voorgestelde bepaling, art. 11ter ('Vaststelling van de inhoud van het vreemde recht'), betrof het vaststellen van de inhoud van vreemd recht zelf:

> '1. Het aangezochte gerecht stelt de inhoud van het vreemde recht uit eigen beweging vast. Hiertoe kan de medewerking van partijen nodig zijn.
> 2. Indien vaststelling van de inhoud van het vreemde recht niet mogelijk blijkt en partijen daarmee instemmen, zal het recht van het aangezochte gerecht worden toegepast.'

Deze bepaling bevatte aldus een duidelijke plicht voor de rechter om ambtshalve op te treden, terwijl van de partijen medewerking kon worden verwacht. Bijzonder is dat bij niet-vaststelbaarheid de instemming van partijen van belang is om de lex fori te mogen toepassen.

De voorstellen van het Parlement werden in eerste lezing verworpen. In tweede lezing werd het oorspronkelijke art. 11ter daarom opnieuw voorgesteld (als art. 15 bis), zij het in iets andere bewoordingen en met weglating van het tweede lid dat de lex fori als 'surrogaatrecht' aanwees.[26] Interessanter is wellicht nog dat het Parlement overweging 30bis voor de preambule van Rome II voorstelde, waarin werd verklaard dat het beginsel *iura novit curia* zou gelden, net zoals in het EVO.[27]

---

25 Verslag over het voorstel voor een verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), (COM(2003)0427 – C5-0338/2003 – 2003/0168(COD)), p. 31-32.

26 De vernieuwde tekst luidde: 'Het aangezochte gerecht stelt de inhoud van het vreemde recht uit eigen beweging vast. Hiertoe kan de rechter ook de medewerking van partijen verlangen.'

27 De tekst van de voorgestelde overweging luidde: 'Evenals in de overeenkomst van Rome geldt hier het beginsel "iura novit curia". Het gerecht moet het vreemde recht zelf uit eigen beweging vaststellen. Bij vaststelling van het vreemde recht mogen de partijen het gerecht helpen en in bepaalde gevallen moet de rechter ook de medewerking van partijen kunnen verlangen.'

Uiteindelijk werden ook deze voorstellen afgewezen en werd besloten in de Verordening een herzieningsclausule op te nemen, waarin werd bepaald dat de Commissie uiterlijk 20 augustus 2011 een vergelijkende studie aan het Europees Parlement moet overleggen.[28] Deze studie is inmiddels uitgevoerd door het Zwitsers Instituut voor Rechtsvergelijking in Lausanne.[29]

10 Noodzaak voor een Europese regeling?

Ook al hebben deze voorstellen niet tot een concrete wettelijke bepaling geleid, neemt dit niet weg dat zij aanleiding hebben gegeven voor een discussie over een interessante vraag: dient op grond van hun Europese origine aan veel van onze huidige ipr-regels ambtshalve toepassing worden gegeven, zij het *de lege lata* – wegens het beginsel van Unietrouw[30] – of *de lege ferenda* – dat wil zeggen, op grond van een nog te ontwerpen instrument?[31]

1.2.3 De Haagse Conferentie voor IPR en 'Access to Foreign Law'

11 Voorstellen voor de verbetering van de informatie-uitwisseling

Een derde, eveneens recente, gebeurtenis die aanleiding geeft om aan de problematiek van *iura novit curia* en buitenlands recht opnieuw aandacht te besteden, betreft het door het Permanent Bureau van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht geëntameerde, doch uiteindelijk van de agenda verwijderde, project met de naam 'Access to Foreign Law'. Dit project was oorspronkelijk bedoeld om tot een instrument inzake de processuele status van vreemd recht te komen. Deze initiële opzet werd echter onhaalbaar geacht en daarom al snel beperkt tot de verbetering van de informatie-uitwisseling over de inhoud van vreemd recht.[32] Het is niet het eerste voorstel dat in het kader van de Haagse Conferentie is gedaan om de toegang tot buitenlands recht te versterken. Reeds in 1900 had de Oostenrijks-

---

28 Art. 30 lid 1 sub i Rome II.

29 Rapport is in het bezit van auteur. Voorheen was het rapport te vinden op de website van het Directoraat-Generaal Justitie (http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm), onder '2012', 'Study on Foreign Law and its Perspectives for the Future at European level', bestaande uit drie delen. In ieder geval was dit nog mogelijk tot 8 oktober 2016, zoals blijkt uit M. Pauknerová, 'Czech Republic – Treatment of Foreign Law in the Czech Republic', in: Y. Nishitani (red.), *Treatment of Foreign Law: Dynamics towards Convergence? Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law. 26*, Cham: Springer 2017, p. 113-129, op p. 124, vtnt. 32. In het navolgende zal daarnaar worden verwezen als het 'ISDC-rapport'.

30 Zie art. 4 lid 3 VEU. Op grond van dit beginsel zijn de lidstaten verplicht om het 'nuttig effect' van het Unierecht te respecteren.

31 Zie daarvoor ook de studie van de Universiteit van Valencia (C. Esplugues e.a., *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011). Die studie heeft geleid tot de zogenaamde 'Madrid Principles', die ook uitgebreid worden besproken door C. Esplugues Mota, 'Application of Foreign Law. Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: the "Madrid Principles" of 2010', *YPIL* 2011, p. 273-297. Zie voor het vraagstuk *de lege ferenda* ook de aanbevelingen van het in voetnoot 29 aangehaalde ISDC-rapport.

32 Prel. Doc. 2007, nr. 21 A, p. 3.

Hongaarse delegatie al een voorstel voor een instrument gedaan, volgens welke de verdragsluitende staten certificaten over hun eigen wetten ('*certificats sur la législation*') zouden verstrekken aan autoriteiten van andere verdragsluitende staten die daarom verzochten. Tegen dit voorstel bestond weerstand bij andere delegaties, met inbegrip van T.M.C. Asser in zijn hoedanigheid van voorzitter.[33]

Ook het 'Access to Foreign Law'-project heeft het niet gehaald. Het project heeft nog een aantal jaren op de agenda gestaan, maar is uiteindelijk van de agenda verwijderd.[34] Wederom was een poging mislukt om de uitwisseling van informatie over elkaars rechtsstelsels te faciliteren. Waarom bestond er een dergelijke weerstand tegen uitwisseling van informatie? Waaruit bestonden deze voorstellen, wat waren hun zwakke en wat hun sterke punten? En bovenal: zijn er andere wegen te bedenken om de toegang tot vreemd recht te verbeteren die wellicht haalbaarder zijn? Als internationaal privaatrecht immers nodig is om de internationale beslissingsharmonie te versterken en rekening te houden met de gerechtvaardigde verwachtingen van partijen, is het dan niet zinvol om de daadwerkelijke toepassing van vreemd recht dan ook te faciliteren?

1.2.4 Een tussenbalans

12 Buitenlands recht blijft problematisch

Concluderend kan worden gesteld dat ruim honderd jaar aan vaste rechtspraak, culminerend in codificatie, in het Nederlandse recht blijkbaar niet volstond om alle onzekerheden over de toepassing van conflicten- en buitenlands recht weg te nemen. Enkele decennia van ipr-harmonisatie waren blijkbaar niet voldoende om tot een duidelijke regeling van deze problematiek op Europees niveau te komen. En, afgezien van codificatie, was zelfs de facilitering van de informatie-uitwisseling niet haalbaar voor de Haagse Conferentie, die normaliter zo succesvol is met verdragen over ambtelijke en gerechtelijke samenwerking.[35] Deze voorbeelden laten zien dat over de problematiek van de toepassing van conflicten- en buitenlands recht *in civilibus* het laatste woord voorlopig nog niet is gezegd.

1.3 Probleemstelling

13 Noodzaak voor nieuw onderzoek

De in de vorige paragraaf aangehaalde ontwikkelingen laten zien dat er op het gebied van de toepassing van conflicten- en vreemd recht in het burgerlijk geding nog onduide-

33 Zie 'Actes de la troisième conférence de la Haye pour le droit international privé (29-18 juin 1900)', Den Haag: Imprimerie nationale 1900, p. 190.

34 Zie *Council on General Affairs and Policy of the Conference (24-26 March 2015) Conclusions & Recommendations adopted by the Council*, onder punt 11. Geraadpleegd via https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf op 29 juni 2020).

35 Gezien het aantal ratificaties van bijvoorbeeld het Apostilleverdrag, het Betekeningsverdrag, en het Bewijsverdrag, dat in schril contrast staat met het aantal ratificaties van 'unificerende' verdragen als het Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978 (3 ratificaties) of het Haags Erfrechtverdrag (niet eens in werking getreden)

lijkheden bestaan. Om die reden zal het concept *iura novit curia* en de waarde daarvan voor internationale gevallen worden onderzocht. Teneinde op een waardevolle manier aan het debat bij te dragen en het onderzoek een bepaalde richting te geven, zullen enkele doelstellingen en onderzoeksvragen worden geformuleerd.

Zoals eerder al besproken, geeft de toepasselijkheid van een ander recht dan het eigen recht ook in de 21ste eeuw nog aanleiding tot onduidelijkheden. Dit wordt door de verdergaande europeanisering van het ipr nog eens versterkt. Het is om die reden dat in de onderhavige studie aandacht aan deze problematiek zal worden besteed. De in de vorige paragrafen genoemde voorbeelden staan symbool voor drie met elkaar samenhangende kwesties. Ten eerste bestaat er (nog steeds) een zekere onduidelijkheid in de regeling van de processuele status van buitenlands recht in het Nederlandse recht, die niet is weggenomen door de inwerkingtreding van art. 10:2 BW. Ten tweede speelt de vraag of ambtshalve toepassing van conflicten- en vreemd recht – en dus de rechtvaardiging van *iura novit curia* – wordt ingegeven door de mogelijk dwingende aard van conflictenrechtelijke waarden als de internationale beslissingsharmonie, alsook door de Unierechtelijke dimensie van het hedendaagse ipr. Tot slot speelt de vraag hoe de rechter, al dan niet ambtshalve verplicht tot het verrichten van onderzoek naar de inhoud en strekking van vreemd recht, deze informatie kan verkrijgen.

De voornoemde kwesties hebben elk te maken met het adagium *iura novit curia*. In de Nederlandse situatie is dit beginsel aanvaard voor internationale gevallen door de toepassing van conflicten- en buitenlands recht ambtshalve voor te schrijven. In het geval van het Europese internationaal privaatrecht is dit uitgangspunt eveneens voorgesteld en de noodzaak daarvan door verschillende auteurs onderschreven. En, tot slot, heeft de Haagse Conferentie geprobeerd om de informatievoorziening van nationale rechters te versterken en zo bij te dragen aan de kennis van buitenlands recht. Op deze wijze is geprobeerd het 'novit' uit *iura novit curia* te versterken.

14 Doelstelling en centrale onderzoeksvraag

Het doel van het onderzoek is om bij te dragen aan het debat over het probleem van buitenlands recht door zowel de Nederlandse situatie als de wenselijkheid van de regeling van de problematiek van dat recht in de civiele procedure op bovenstatelijk plan kritisch te bespreken. Daarbij zal de aandacht in het bijzonder uitgaan naar de waarde die het adagium *iura novit curia* heeft in internationale aangelegenheden en zal dit in de context van andere in aanmerking komende belangen van voornamelijk procesrechtelijke aard worden geplaatst. Om aan deze doelstellingen te voldoen, zal de aandacht uitgaan naar de beantwoording van de volgende twee hoofdvragen:

I. Welke rol speelt het adagium *iura novit curia* bij de toepassing van het recht in grensoverschrijdende aangelegenheden, meer in het bijzonder bij de toepassing van buitenlands recht, mede in het licht van de bij de rechtstoepassing betrokken belangen?
II. Is het noodzakelijk of wenselijk om de positie van het adagium *iura novit curia* in internationale gevallen te versterken en welke methoden of technieken komen in dat licht daarvoor het meest in aanmerking?

Deze vragen zullen als de leidraad voor het te verrichten onderzoek dienen.

15 Deelvragen

Om de centrale onderzoeksvragen te kunnen beantwoorden, is het noodzakelijk deze eerst onder te verdelen in deelvragen. In dit onderzoek zal daarom een antwoord worden gezocht op de volgende deelvragen:

- Is het adagium *iura novit curia* een bestaand rechtsinstituut in het burgerlijk procesrecht? Zo ja, in welke omvang? Zo nee, bestaat er een qua functie vergelijkbaar rechtsinstituut?
- Heeft het in de vorige vraag bedoelde rechtsinstituut ook relevantie voor de toepassing van buitenlands recht? Zo ja, in welke omvang? Zo nee, op welke wijze wordt dan omgegaan met de toepassing van het (vreemde) recht?
- Waardoor wordt de aan- of afwezigheid van *iura novit curia* als leidend beginsel van procesrecht verklaard? Welke invloed heeft dat gehad op de verantwoordelijkheidstoedeling tussen rechter en procespartijen in een civiele procedure?
- Wat is de historische achtergrond van *iura novit curia* of een daarmee qua functie vergelijkbaar rechtsinstituut of van de rechtstoepassing in het algemeen?
- Vereist de aard en functie van het conflictenrecht dat verwijzingsregels en buitenlands recht ambtshalve worden toegepast?
- Vereist het Unierechtelijke of verdragsrechtelijke karakter van conflictenrecht dat verwijzingsregels en buitenlands recht ambtshalve worden toegepast?
- Welke rol spelen procesrechtelijke beginselen bij de voorgaande vragen, met inbegrip van de vereisten van art. 6 EVRM?
- Welke voorstellen zijn gedaan om het probleem van conflicten- en buitenlands recht op te lossen en hoe kunnen deze worden gewaardeerd?

Nadat duidelijk is geworden *wat* onderzocht zal worden, wordt in de volgende paragraaf aandacht besteed aan de *wijze* waarop de antwoorden op deze vragen zullen worden gevonden, ofwel de onderzoeksmethode.

1.4 Onderzoeksopzet- en methoden

1.4.1 Algemeen

16 Gekozen methoden

Voor het beantwoorden van de onderzoeksvragen zoals in de vorige paragraaf beschreven, zal in de eerste plaats doctrinair onderzoek worden verricht. Dit houdt in dat voornamelijk literatuuronderzoek zal worden verricht, waarbij niet alleen de in de rechtsleer vigerende opvattingen maar ook de bestaande wet- en regelgeving en jurisprudentie zal worden bestudeerd. Dit geldt voor zowel het nationale als het supra- en internationale niveau.

Voorts zal gebruik worden gemaakt van de rechtsvergelijkende methode. De rechtsstelsels van Nederland, Duitsland, en Engeland en Wales zullen worden geselecteerd en aan een nadere analyse worden onderworpen. De rechtvaardiging van de selectie van deze stelsels zal in de volgende paragraaf aan de orde komen. Zoals in de vorige paragraaf is aangegeven, is het doel van de rechtsvergelijking om

het adagium *iura novit curia* kritisch te benaderen en te bezien welke waarde dit adagium heeft voor de rechtstoepassing in grensoverschrijdende geschillen. Dit kan evenwel niet goed plaatsvinden door een op rechtsinstituut of rechtsregel gebaseerde vergelijking te laten plaatsvinden. Om die reden zal in dit onderzoek de functionele methode van rechtsvergelijkend onderzoek worden gehanteerd, die immers ziet op een gesteld juridisch of sociaal probleem.[36] Dit probleem betreft *in casu* de toepassing van het recht in het algemeen, en de omgang met conflicten- en buitenlands recht in de civiele procedure in het bijzonder. Daaruit zullen de conclusies worden getrokken voor de notie van *iura novit curia*.

17 Rechtsvaardiging van de geselecteerde rechtsstelsels

Zoals reeds is aangegeven in de vorige paragraaf, zal in deze studie gebruik worden gemaakt van de rechtsvergelijkende methode. In dat verband worden drie rechtsstelsels geselecteerd die aan een nadere analyse onderworpen zullen worden, namelijk dat van Nederland, Duitsland, en Engeland en Wales. Voor de keuze van deze stelsels kunnen twee belangrijke gronden worden aangevoerd. De eerste is gebaseerd op het geldende paradigma in de discussie over buitenlands recht en de tweede op de rechtsvergelijkende theorievorming over rechtsfamilies.

De keuze voor het Engelse en het Duitse recht laat zich ten eerste verklaren door een onderscheid dat in de literatuur normaliter wordt gemaakt, namelijk of vreemd recht moet worden gezien als een 'feit' of als 'recht'.[37] In het Engelse systeem, waarin partijen zich op vreemd recht moeten beroepen en de inhoud daarvan hebben te bewijzen, wordt het buitenlandse recht als een 'feit' gezien. Het Duitse stelsel legt de verantwoordelijkheid voor de toepasselijkheid en de inhoud van vreemd recht daarentegen bij de rechter. Deze moet de inhoud van dat recht uit eigen beweging vaststellen. Om die reden wordt gezegd dat het vreemde recht in dat stelsel als 'recht' wordt gezien. In zoverre zouden Engels en Duits recht dus elkaars tegenpolen zijn, en zou er sprake zijn van een 'continuüm' tussen deze twee 'uitersten'.[38] Hoewel uit deze studie zal blijken dat dit onderscheid, ook wel het "feit-recht-onderscheid" genoemd, niet verdedigbaar is, betreft het wel een in de literatuur terugkerend perspectief van waaruit de problematiek wordt bezien. Dit rechtvaardigt daarom mede de selectie van het Duitse en het Engelse recht.

---

36 D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988, p. 135-137.

37 Zie, o.a., Esplugues e.a., 'General Report on the Application of Foreign Law by Judicial And Non-Judicial Authorities in Europe (Project JLS/CJ/2007-I/03)', in: Esplugues, Iglesias & Palao (red.), *Application of Foreign Law* 2011, p. 1-94, op p. 8-18; S. Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation*, Oxford: OUP 2004, p. 13-39, no. 1.01-1.67; Y. Nishitani, 'General Report', in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 3-60, i.h.b. p. 17-20.

38 T.C. Hartley, 'Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European System Compared', *ICLQ* 1996, afl. 2, p. 271-292, p. 291-292: 'As far as the pleading and proof of foreign law are concerned, the legal systems of Europe may best be represented as a continuum, with Germany at the one end and England at the other.' Hartley geeft wel aan dat de praktische verschillen tussen de stelsels niet overdreven moeten worden (Hartley, *ICLQ* 1996, p. 292). Zie ook Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 214, no. 2.491.

Een tweede reden voor de keuze van Duits en Engels recht betreft het gemaakte onderscheid tussen *civil law* en *common law*. Een van de perspectieven van waaruit het probleem in het onderhavige onderzoek zal worden benaderd, is dat van het procesrecht en de daarmee samenhangende processuele tradities. Het Engelse recht, met zijn sterke nadruk op *adversarial proceedings* en de rol van partijen en hun *counsels*,[39] is een *common law*-stelsel. Het Duitse procesrecht, dat in de verhouding tussen rechter en partijen meer nadruk legt op de taakopvatting van de (rechtswetenschappelijk gevormde) rechter,[40] is daarentegen een Germanistisch (en dus *civil law*) stelsel. Vanuit het gezichtspunt van de macrorechtsvergelijking worden zo rechtsstelsels uit verschillende 'rechtsfamilies' geselecteerd.[41] Verder is het Nederlandse burgerlijk procesrecht – dat is geselecteerd als het eigen rechtsstelsel van de onderzoeker – nog grotendeels te beschouwen als een 'Romaans' stelsel,[42] zodat ook die rechtsfamilie in het onderzoek wordt meegenomen. Er is dan ook geen directe behoefte aan een ander Romaans stelsels, zoals het Franse recht, om in de vergelijking te worden meegenomen.[43]

De selectie van het Engelse rechtsstelsel ten behoeve van de rechtsvergelijking in dit onderzoek vereist nog een nadere verklaring. Het Verenigd Koninkrijk heeft immers een bijzondere positie in de EU vervuld, die maakt dat zij ten behoeve van de samenwerking in burgerlijke en handelszaken de mogelijkheid van een opt-out had.[44] Daar komt bij dat op 23 juni 2016 de bevolking van het Verenigd Koninkrijk in een referendum heeft gekozen voor de uittreding uit de Europese Unie. Dit doet de vraag rijzen in hoeverre het nog wenselijk is om het recht van Engeland en Wales in de vergelijking te betrekken, vooral wanneer de Europese dimensie een rol speelt in het onderzoek.

18 'Brexit' geen belemmering

Hoewel de zogenoemde Brexit op het eerste gezicht aanleiding lijkt te geven tot een heroverweging in dit verband, zijn er geen overtuigende redenen aanwezig om het

39 Zie J.I.H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice,* Londen: Stevens & Son 1987, p. 5 e.v. resp. p. 12 e.v.

40 K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1998 (Vertaling T. Weir), p. 273-274.

41 Zie Zweigert & Kötz, *Introduction* 1998, p. 63-73.

42 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 8. De vraag is wel of een dergelijk standpunt nog verdedigbaar is na de veranderingen waartoe het zgn. KeI-project heeft geleid. Zie over KeI nader paragaraaf 2.2.1.

43 Sommigen hebben bijvoorbeeld het Franse leerstuk van het '*accord procédural (sur la loi applicable)*' en de Nederlandse manier waarop een processuele rechtskeuze wordt toegestaan, wel op één lijn gesteld. Zie O. Hartenstein, *Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungseinklang. Neueste Entwicklungen in Frankreich, Deutschland und Italien*, Tübingen: Mohr Siebeck 2000, p. 110, i.h.b. voetnoot 188, al ziet hij voornamelijk op de mate van '*Abdingbarkeit*' van verdragen die hij in beide rechtsstelsels lijkt te herkennen. Processueel lijkt er inderdaad wel overeenkomsten te zijn tussen enerzijds het Franse *accord procédural* en anderzijds de wijze waarop partijen in het Nederlandse procesrecht de omvang van de rechtsstrijd kunnen bepalen.

44 Net als Ierland. Zie Protocol (nr. 21) betreffende de positie van het Verenigd Koninkrijk en Ierland ten aanzien van de ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, *PbEU* 2016, C 202/295, in het bijzonder art. 1 jo. art. 3.

Engelse recht niet mee te nemen in het onderzoek. Ten eerste kan de eventuele uitkomst van het onderzoek nog een rol spelen bij de toepassing van het Europese ipr waaraan het Verenigd Koninkrijk, zelfs na de Brexit, wellicht nog gebonden blijft. Voorts zijn er in Europa ook andere common law-stelsels die op het gebied van '*pleading and proof of foreign law*' een met het Engelse systeem vergelijkbaar rechtsstelsel hebben, zoals Ierland,[45] Cyprus,[46] en Malta.[47] Tot slot is het onderzoek breder dan 'slechts' het Europese ipr en wil het ook bezien wat de resultaten van de comparatieve component meebrengen voor het Nederlandse ipr. Een vergelijking met een rechtstelsel als dat van Engeland en Wales of Duitsland kan dan helpen om tot een waardering en aanbeveling voor de Nederlandse situatie te komen.

19 Aspecten van de toepassing van conflicten- en buitenlands recht

Uit vooronderzoek is gebleken dat aan het vraagstuk van conflicten- en buitenlands recht verschillende te onderscheiden aspecten kleven. Bij de rechtsvergelijkende analyse zal daarmee rekening worden gehouden. Het gaat hierbij om de volgende onderdelen:
- De processuele status van conflictenrecht;
- De processuele status van conflictenrechtelijk gezien relevante feiten;
- De processuele status van buitenlands recht;
- Het onderzoek naar buitenlands recht, de gebruikte inlichtingenmiddelen en de kosten daarvan;
- De onmogelijkheid om buitenlands recht vast te stellen;
- De interpretatie van buitenlands recht;
- De status van conflicten- en buitenlands recht in bijzondere, met name spoedeisende, procedures;
- De status van buitenlandse voorrangsregels;
- De status van conflicten- en buitenlands recht in hogere en hoogste instanties.

Voort zal in verband met de 'reïntegratie'[48] van het onderzoeksonderwerp in zijn juridische context nog aandacht worden besteed aan de toepassing van recht in qua functie vergelijkbare situaties. Hierbij kan aan de volgende drie situaties worden gedacht:
- De toepassing van het eigen recht door de rechter en de daarbij behorende beginselen
- De toepassing van het recht in arbitrale procedures
- De toepassing van het recht in non-contentieuze en buitengerechtelijke situaties

Door deze onderdelen in het onderzoek te betrekken, wordt de toepassing van conflicten- en buitenlands recht in het civiele (contentieuze) proces gecontrasteerd

45 Zie T.P. Kennedy, 'Ireland', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 231-235.
46 Zie A.C. Emilianides, 'Cyprus', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 161-172
47 Zie T. Sciberras Camilleri & K.A. Borg, in: Esplugues, Iglesias & Paloa (red.), *Application of Foreign Law* 2011, p. 265-273.
48 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 152-154.

met de rechtstoepassing in andere omstandigheden, hetgeen tot een beter begrip van de besproken problematiek kan leiden.

1.4.2 Waarderingsmaatstaf

20 Algemeen

Een belangrijk onderdeel van het rechtsvergelijkend onderzoek betreft de waardering van de geconstateerde overeenkomsten en verschillen tussen de geselecteerde rechtsstelsels. Hoewel in het verleden de waardering van de onderzoeksresultaten wel als omstreden onderdeel is beschouwd vanwege de potentieel subjectieve benadering, wordt tegenwoordig aangenomen dat een waardering niet gemist kan worden.[49] Wel is het nodig om vooraf de voor de waardering gebruikte maatstaven, de zogeheten '*tertia valutionis*', te bepalen,[50] om zo inzichtelijk te maken hoe de waardering van de resultaten tot stand is gekomen. Kokkini-Iatridou onderscheidt bij het evaluatieve onderdeel van het rechtsvergelijkend onderzoek wel tussen de 'waardering in concreto', welke afhankelijk is gesteld van het doel waarmee het onderzoek is geëntameerd, en een 'opinie over de waarden zelf'.[51] Dit onderscheid zal ook in deze studie worden aangehouden.

21 Waardering in concreto

Zoals gezegd, is de '*tertia valutionis*' onder meer afhankelijk van het doel waarmee de rechtsvergelijkende studie is uitgevoerd. Deze doelstellingen zijn in paragraaf 1.3. behandeld en zij brengen mee dat zowel de processuele status van conflicten- en buitenlands recht in het Nederlandse recht als de voorstellen tot de regeling daarvan op een bovenstatelijk plan kritisch worden bekeken en in de context van andere, eveneens relevante, belangen wordt geplaatst. Dit betekent dat in de resultaten in de eerste plaats getoetst zullen worden aan zowel het doel als de functie van het conflictenrecht, welk rechtsgebied de toepasselijkheid van het vreemde recht immers mogelijk maakt. Daarbij zullen de typisch conflictenrechtelijke waarden als het bevorderen van internationale beslissingsharmonie, de voorspelbaarheid van de resultaten en het tegengaan van 'forum shoppen' worden behandeld. In de tweede plaats speelt ook de 'processuele rechtvaardigheid' een rol. In hoeverre mogen partijen hun eigen geschil zelf inrichten, binnen een redelijke termijn en met inachtneming van het beginsel van hoor en wederhoor? Deze beginselen, met inbegrip van de vereisten van art. 6 EVRM, zullen in de waardering worden betrokken. Tot slot zal ook worden gekeken naar een efficiënte behandeling van het geschil. Bestaat er bijvoorbeeld voldoende flexibiliteit om met de problematiek van vreemd recht om te gaan? Is een bepaalde benadering van het vreemde recht ook consistent, en zo nee, welke argumenten kunnen daarvoor worden aangedragen?

---

49 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 176-179. Niet helemaal instemmend: A.E. Örücü, 'Methodology of comparative law', in: J.M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Glos, VK/Massachusetts, VS: Edward Elgar Publishing 2012, p. 560-576, op p. 570-571.

50 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 180.

51 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 179-186.

22 Opinie over de waarden zelf

Voorts zal in de evaluatie ook aandacht worden besteed aan de vanzelfsprekendheid van de waarden zelf, in die zin dat zal worden gepoogd om de met het conflictenrecht beoogde doelstellingen als internationale beslissingsharmonie en voorspelbaarheid van het verwijzingsresultaat te contextualiseren. Niet wordt beoogd om een 'conflict van systemen' of 'conflict tussen rechtsgebieden' te ontwaren, zoals een conflict tussen het Unierecht met zijn 'Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Rechtvaardigheid' en het systeem van art. 6 EVRM, of een conflict tussen het ipr en het burgerlijk procesrecht. Het nadeel van een dergelijke benadering –hoewel het een duidelijk toetsingskader biedt – is namelijk dat het een 'top down'-karakter heeft, waarbij de belangen van betrokkenen gemakkelijk over het hoofd gezien kunnen worden. In dit onderzoek wordt daarentegen een 'bottom up'-benadering voorgestaan. De bedoeling zal zijn om alle bij de rechtstoepassing in internationale gevallen betrokken belangen af te wegen en deze in balans met elkaar te brengen. Daartoe zal aandacht worden besteed aan de volgende belangen:

- het belang van partijen in de procedure bij een materieel gezien correcte gerechtelijke beslissing, binnen een bekwame tijd en met inachtneming van hun autonomie en hun visies op het geschil;
- het belang van derden en publieke of (boven-)statelijke belangen om niet onnodig veronachtzaamd te worden;
- het belang van de staat bij een effectieve en efficiënte regeling van de civiele procedure.

Bij deze belangenafweging zal, vanwege de aard van het burgerlijk procesrecht en de sterke nadruk die in het Savigniaanse denken op de rechtsverhouding tussen de partijen worden gelegd,[52] primair het partijbelang voorop staan. Van dit belang mag slechts dan worden afgeweken, wanneer de overige belangen anders niet of uiterst moeilijk kunnen worden behartigd en de inbreuk op het partijbelang niet disproportioneel is. In dat verband zal voornamelijk aan de discussie over facultatief conflictenrecht of aanverwante vormen – zoals het 'bewijs' van buitenlands recht – en de houdbaarheid van de huidige conflictenrechtelijke grondslag en methode aandacht worden besteed.

23 De toetsing van bestaande voorstellen[53]

Een andere doelstelling van het onderzoek is om te bezien welke voorstellen reeds zijn gedaan om de toepassing van conflicten- en buitenlands recht te faciliteren en

52 Zie daarvoor L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht: verkenningen op een kruispunt van methoden* (diss. Uva), Deventer: Kluwer 1978, p. 127-128, die erop wijst dat de 'wil van partijen om de *Sitz* van hun rechtsverhouding te bepalen' in het Savigniaanse denken van belang was. De partijwil wordt aldus in meer indirecte zin beschouwd, hetgeen niet wegneemt dat zij wel van belang is.

53 Term ontleend aan M. Herweijer, 'Juridisch onderzoek', in: J.W.L. Broeksteeg en E.F. Stamhuis, *Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2003, p. 23-33, i.h.b. p. 31-32.

deze voorstellen vervolgens op hun merites te beoordelen. Deze beoordeling zal plaatsvinden aan de hand van het inzicht dat partijen belang hebben bij een efficiënte en effectieve rechtstoepassing in grensoverschrijdende gevallen, die niet ongerechtvaardigd anders mag zijn dan in zuiver interne gevallen en waarbij geen ongerechtvaardigd afbreuk mag worden gedaan aan andere partijbelangen. Verder spelen daarbij andere belangen nog een rol. Zo moet een voorstel om de toepassing van vreemd recht te verbeteren, ook haalbaar zijn. Voorts dienen zij te passen binnen het bestaande raamwerk van meer institutionele aard, en dient te worden bezien of er voor dergelijke voorstellen wel een rechtsgrondslag kan worden gevonden (legaliteit). Ook dienen dergelijke voorstellen niet onnodig diep in te grijpen in het recht van (lid)staten (proportionaliteit en subsidiariteit).

1.5 Status quo en afbakening van het onderzoek

1.5.1 Bestaand onderzoek

24 Nederlands onderzoek

De onderhavige studie is niet het eerste onderzoek dat over de processuele status van conflicten- en vreemd recht gaat. In het verleden is deze problematiek al vaker besproken, zowel in de Nederlandse als de buitenlandse literatuur. Dit roept de vraag op in hoeverre de onderhavige studie nog een wezenlijke bijdrage aan het wetenschappelijke debat kan leveren. Het onderzoek gaat echter van een ander uitgangspunt uit dan het reeds verrichte onderzoek. Om die reden onderscheidt het zich zowel van Nederlandse als buitenlandse werken.

Voor wat betreft de stand van de Nederlandse wetenschap kan worden gewezen op de dissertaties van Jessurun d'Oliveira, Mostermans en Peters.[54] De eerstgenoemde studie was primair gericht op de processuele status van het conflictenrecht, terwijl de laatste twee daarentegen ook deels op de status van buitenlands recht zagen. Het onderhavige onderzoek zal zich echter op zowel het conflicten- als het buitenlandse recht richten. Daarnaast zal gebruik worden gemaakt van de rechtsvergelijkende methode, hetgeen een verschil is met de studies van Mostermans en Peters.[55] Mostermans maakte daarbij ook geen studie van de processuele status dan wel de toepassing van het conflictenrecht in cassatie.[56] Weliswaar kende Jessurun d'Oliveira's dissertatie een rechtsvergelijkende component, maar deze is intussen alweer achterhaald door de ontwikkelingen, zoals een voortschrijdende unificatie van het internationaal privaatrecht, met name op Europees niveau. Voorts richtte zijn onderzoek zich voornamelijk op de specifieke vraag naar het bestaan van de antikiesregel in de door hem onderzochte stelsels.

---

54 Zie respectievelijk Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971; Mostermans, *Processuele behandeling* 1996; en Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 157-253 en p. 272-281.

55 Weliswaar kennen beide studies een incidentele verwijzing naar buitenlands recht, maar van de rechtsvergelijkende methode als zodanig wordt geen gebruik gemaakt.

56 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 5.

25 Buitenlands onderzoek

Met betrekking tot de stand van de buitenlandse wetenschap kan worden gewezen op de verschillende publicaties die het onderwerp hebben bestreken, waarin ook gebruik is gemaakt van de rechtsvergelijkende methode.[57] Ook hier rijst de vraag wat de toegevoegde waarde van de onderhavige studie is in vergelijking met reeds verricht onderzoek.

Tot op heden is een diepgaande rechtsvergelijkende analyse waarbij ook het Nederlandse recht is betrokken, nog niet uitgevoerd – waarbij met diepgaand de inbedding in het overige deel van het procesrecht wordt bedoeld.[58] Daar komt bij dat in deze studie het conflicten- en buitenlands recht meer in een processueel licht zal worden geplaatst en deze in verhouding zal worden gebracht met andere relevante belangen. Dit geldt ook voor de vereisten die het Unierecht kan stellen aan het nationale procesrecht. Anderszijds zijn de vereisten die het EVRM aan de toepassing van conflicten- en buitenlands recht stelt of kan stellen, tot op heden niet uitgebreid beoordeeld.[59]

Voorts zal de onderzoeksopzet anders zijn dan in voorgaande studies het geval is geweest. Tot op heden is het (rechtsvergelijkende) discours inzake de processuele positie van ipr en vreemd recht voornamelijk geplaatst in de sleutel van de kwalificatie van buitenlands recht als feit of als recht. In het eerste geval wordt vreemd recht bewezen, in het tweede geval wordt het ambtshalve toegepast. Dit onderscheid zal in casu niet worden gemaakt. Beargumenteerd zal worden dat de dichotomie tussen feit en recht voornamelijk was bedoeld – maar ook heeft gefaald – als verklaring voor het feit dat in sommige rechtsstelsels het aan partijen is om de inhoud en strekking van vreemd recht aan te tonen, terwijl in andere stelsels een dergelijke taak aan de rechter is toebedeeld.

Bovendien is er een verschil met eerder onderzoek in die zin, dat niet alleen aandacht zal worden besteed aan de wijze waarop rechters in een contentieuze procedure met het ipr en het vreemde recht omgaan. Ook zal worden gekeken naar de rechtstoepassing buiten rechte – door niet-gerechtelijke autoriteiten of in de

57 Voor de dissertaties, zie S. Geeroms, *Foreign Law* 2004; Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011; S. Lalani, *Doubt Develops Where Certainty Ceases: Foreign Law in Domestic Courts* (diss. Lausanne), Lausanne: UNIL 2012; en Hübner, *Ausländisches Recht* 2014. Zie voorts de studie van Esplugues, Iglesias & Palao, *Application of Foreign Law* 2011 en van het *Institut suisse de droit comparé* (ISDC-rapport). Zie verder o.m. S. Bariatti en E. Pataut, 'Codification et théorie générale du droit international privé', in: M. Fallon, P. Lagarde & S. Poillot-Peruzzetto (red), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Brussels: Peter Lang 2011, p. 337-361, i.h.b. p. 343-347.

58 Dit is een verschil met de studies van Esplugues, Iglesias & Palao, *Application of Foreign Law* 2011 en het ISDC, waarin Nederlands recht wel aan de orde gekomen is, maar met minder of geen aandacht voor de 're-integratie' van het onderwerp in de context van het bredere Nederlandse rechtsstelsel.

59 Zie wel L.R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011, p. 187-193, en S. Stuij, 'Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR', in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law*, Den Haag: Asser Press 2016, p. 185-209.

voluntaire procedure – en in arbitrage.[60] De overeenkomst tussen deze verschillende subcategorieën zit in het concept 'ambt', dat bij de een wel (buiten rechte, voluntaire jurisdictie) en bij de ander niet van toepassing is (arbitrage).

1.5.2 Afbakening en definties

26 Afbakening

Hoewel de primaire aandacht in deze studie uitgaat naar de toepassing van het buitenlandse recht in civiele procedures voor de overheidsrechter, neemt dit niet weg dat ook secundaire aandacht zal worden besteed aan gerelateerde vraagstukken. Zo worden in beginsel ook de behandeling van (vreemd) recht door niet-gerechtelijke autoriteiten en door scheidsrechters in de analyse betrokken. De eerste categorie, omdat het ook overheidsfunctionarissen zijn die uit hoofde van hun ambt met de toepassing van een ander rechtsstelsel dan het hunne te maken kunnen krijgen. Kortom, de focus ligt daarbij op de *hoedanigheid* van de rechtstoepasser. De tweede categorie, omdat zij qua *werkzaamheden* dezelfde functie vervullen als een overheidsrechter in een contentieuze aangelegenheid. Arbiters beslissen immers een geschil en krijgen daarmee dus te maken met contentieuze zaken. Uit het contrast van de rechtstoepassing door de overheidsrechter met die van arbiters en extrajudiciële functionarissen zal een beter begrip van de problematiek van *iura novit curia* naar voren komen.

27 Definities

Tot slot zullen nog enkele definities worden gegeven om een en ander te verduidelijken. Het beginsel *iura novit curia* – 'de rechter kent het recht' – lijkt soms tot verwarring te leiden, aangezien het adagium op verschillende wijzen wordt geïnterpreteerd.[61] Zonder al te diep op al deze verschillende definities in te gaan, lijkt het niettemin aangewezen om op een belangrijk onderscheid te wijzen. Ten eerste kan het adagium letterlijk worden opgevat en dus betekenen dat de rechter het recht kent, meestal om diens kennis van het eigen recht te contrasteren met het gebrek aan kennis van vreemd recht.[62] Daarnaast kan *iura novit curia* een opdracht aan de rechter inhouden, dan wel een verantwoordelijkheid aan hem toedelen, doordat hij de inhoud en strekking van het recht moet achterhalen. Zo beschouwt krijgt het dus een 'adhortatieve'[63] lading. Er valt dus een onderscheid aan te brengen tussen de

60 In zoverre bestaat er dan ook verschil met het werk van Peters, die weliswaar de rechtstoepassing in arbitrale aangelegenheden behandelt, maar niet vanuit rechtsvergelijkend perspectief. Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 255-317.

61 Zie Waincymer 2011, p. 203, onder verwijzing van een Working Paper van D. Brooker, 'Va Savoir! The Adague "iura novit curia" in Contemporary France', 7-8 *Bepress Legal Series Working Paper, no. 845*, 2005, p. 7 e.v. (beschikbaar via http://law.bepress.com/expresso/eps/845/, geraadpleegd op 29 juni 2020).

62 Zo lijkt Briggs dit althans te hanteren, zie A. Briggs, *The Conflict of Laws*, Oxford: OUP 2019, p. 10.

63 Term ontleend aan Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 111.

descriptieve kant van het beginsel en de *normatieve* kant.[64] In deze studie zal *iura novit curia* in laatstgenoemde zin worden gebruikt. Ook wordt tot het terrein van dit adagium wel eens de vraag gerekend, of de rechter de partijen in de gelegenheid moet stellen hun visie op het toe te passen recht te geven alvorens hij daartoe overgaat. Dit betreft echter een ander leerstuk, namelijk dat van het beginsel van hoor en wederhoor, en hoewel dit daarmee nauw is verbonden, moet het theoretisch worden onderscheiden van *iura novit curia* als een leerstuk van de rechtstoepassing.

Bovendien kent het begrip 'openbare orde' verschillende betekenissen, zowel op nationaal als op internationaal vlak. In het ipr wordt met openbare orde vaak de 'internationale openbare orde' bedoeld, die wordt gebruikt als een correctief op de toepassing van vreemd recht of bij de erkenning van vreemde vonnissen of rechtsfeiten. Ook kan het begrip 'openbare orde' worden gebruik wanneer het gaat om 'rechten die niet ter vrije bepaling van partijen staan', zoals dit in het procesrecht wel gebruikelijk is. Dit is de openbare orde in processuele zin. Tot slot kan het begrip ook een internrechtelijke definitie hebben, zoals in de 'openbare orde of de goede zeden' van art. 3:40 lid 1 BW. Wanneer in deze studie naar de openbare orde wordt verwezen, zal daarbij steeds de context worden vermeld, zoals de 'internationale openbare orde' dan wel 'openbare orde- exceptie', de 'processuele openbare orde' of de 'interne' dan wel 'materieelrechtelijke openbare orde'.[65]

Tot slot kunnen de begrippen 'vreemd recht', 'buitenlands recht' of 'recht van een vreemde staat' door elkaar worden gebruikt. Het toe te passen recht kan immers 'vreemd' zijn in de zin dat het van buiten de jurisdictie van de rechter komt, zodat het ook het recht van een ander landsdeel binnen de staat kan betreffen (zoals de zogenaamde '*sister states*' in de Verenigde Staten). In deze studie zullen deze begrippen echter door elkaar worden gebruikt zonder dat daarmee een verschil in betekenis is beoogd.

1.6 Plan van behandeling

28 Comparatieve analyse

Teneinde op de in paragaaf 1.3. genoemde onderzoeksvragen een antwoord te vinden, zal eerst via de reeds genoemde comparatieve onderzoeksmethode de geselecteerde rechtsstelsels worden geanalyseerd. Om die reden zal in hoofdstuk 2 het Nederlandse recht aan de orde komen, gevolgd door het Engelse recht in hoofdstuk 3 en het Duitse recht in hoofdstuk 4. In deze hoofdstukken zal de vraag worden beantwoord, hoe de geselecteerde stelsels omgaan met de toepassing van eigen recht, conflicten- en vreemd recht door zowel overheidsrechters in contenti-

64 W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003, p. 72, vtnt. 129. Vgl. ook Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 93 resp. 111, die onder meer spreekt van de 'aanvoegende' dan wel 'adhortatieve' kant van het beginsel.

65 Snijders heeft al gewezen op de verschillende begrippen openbare orde, zie H.J. Snijders, 'Andermaal de vraag naar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (van Europees recht), een reactie op A.S. Hartkamp, WPNR (2009) 6813 en een korte bespreking van het nog recentere Asturcom-arrest', *WPNR* 2009, afl. 6823, p. 998-1002, op p. 998.

euze en voluntaire aangelegenheden, arbiters, en niet-gerechtelijke autoriteiten, zoals notaris of de ambtenaar van de burgerlijke stand. Nadat de nationale stelsels als zodanig zijn vastgesteld, zal worden gekeken naar de Europese en internationale dimensie van de aanvulling van rechtsgronden in het burgerlijk geding. Daarbij zal vooral gelet worden op de vereisten die het Unierecht aan diens eigen toepassing stelt, naast de vereisten van de mensenrechten (hoofdstuk 5).

29 Synthese, analyse, waardering en aanbevelingen

Na deze analyses zal aandacht worden besteed aan de synthese. Daartoe zal in hoofdstuk 6 eerst de overeenkomsten en verschillen worden vastgesteld. Vervolgens zal getracht worden een verklaring te vinden voor de contrasten tussen de rechtsstelsels te vinden, door te kijken naar de invloed van de processuele traditie, het vigerende model van conflictenrecht en historische ontwikkelingen inzake de leer van de rechtsbronnen. Vervolgens zullen de resultaten worden gewaardeerd. Met deze contrasten in het achterhoofd en rekening houdend met de reden voor die overeenkomsten en verschillen zal in hoofdstuk 7 de eerste onderzoeksvraag worden beantwoord, namelijk of het leerstuk *iura novit curia* een rol van betekenis kan spelen in het moderne internationaal privaatrecht en of het wenselijk is een dergelijk beginsel in algemene zin deel te laten uitmaken van positief recht. Vervolgens zal in hoofdstuk 8 de verschillende initiatieven worden gewaardeerd die reeds zijn ontplooid dan wel zijn voorgesteld om de rechtstoepassing in grensoverschrijdende gevallen te versterken en de toegang tot de inhoud van het recht van andere staten te verbeteren. In hoofdstuk 9 zal worden bezien, wat de in hoofdstuk 7 besproken onderwerpen voor zowel het bovenstatelijke, voornamelijk Europese, niveau als voor het Nederlandse niveau meebrengen. Het onderzoek zal worden uitgeleid met een algemene beschouwing in hoofdstuk 10.

2. NEDERLANDS RECHT

2.1 Inleiding

30 Plan van aanpak

In dit hoofdstuk zal aandacht worden besteed aan de manier waarop in het Nederlandse recht wordt opgegaan met de toepassing van het recht, meer in het bijzonder van conflicten- en buitenlands recht. Daartoe zal eerst de achtergrond van het Nederlandse burgerlijk procesrecht worden geschetst, waarbij de aandacht zal worden gelegd op de taakverdeling tussen rechter en partijen en de invloed hiervan op de toepassing van het recht door de rechter in een zuiver interne situatie (paragaaf 2.2.). Nadat dit is opgehelderd, zal worden gekeken naar de processuele status van het conflictenrecht en het buitenlandse recht, meer in het bijzonder hoe de taken tussen de rechter en de partijen in dat opzicht zijn verdeeld (paragaaf 2.3.). Aangezien er bij de toepassing van vreemd recht allerlei complicaties zullen optreden, zal daaraan een bijzondere paragraaf worden gewijd (paragraaf 2.4.), gevolgd door de bijzondere problematiek van conflicten- en vreemd recht in hogere en hoogste instanties (paragraaf 2.5.). Ter onderscheiding van de toepassing van het (vreemde) recht door rechter in een contentieuze setting, zal ook aandacht worden besteed aan de rechtstoepassing door arbiters (paragraaf 2.6) en door autoriteiten in non-contentieuze situaties (paragraaf 2.7.). Afgesloten zal worden met een korte conclusie (paragraaf 2.8.).

2.2 Het Nederlands burgerlijk proces en de aanvulling van rechtsgronden in een intern geval

2.2.1 Achtergrond, ontwikkeling en kenmerken van het Nederlands burgerlijk procesrecht

2.2.1.1 Ontwikkelingen van 1838 tot heden

31 Romaanse oorsprong en ontwikkelingen tot 2001

Het Nederlands burgerlijk procesrecht kan, zoals reeds in Hoofdstuk 1 is vermeld, worden beschouwd als een Romaans rechtsstelsel. In zijn huidige vorm is het sterk

beïnvloed door het Franse procesrecht, zoals dat tijdens de Franse periode in de Nederlanden heeft gegolden.[1] Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de Rechterlijke Organisatie zijn de belangrijkste bronnen van procesrecht, naast de procesreglementen en vanzelfsprekend de jurisprudentie. Tot op heden – maar dit zal op korte termijn anders zijn – worden procedures ofwel bij dagvaarding, ofwel bij verzoekschrift ingeleid. Vooral zaken die de openbare orde betreffen, zullen meestal bij verzoekschrift worden ingeleid.[2]

In de afgelopen decennia heeft het Nederlandse burgerlijk procesrecht echter belangrijke wijzigingen ondergaan. Zo is in de jaren 1980 het bewijsrecht uit het Burgerlijk Wetboek verwijderd en overgeheveld naar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Voorts heeft er in 2002 een herziening plaatsgevonden van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, dat immers nog dateert uit 1838.[3] Met de herziening werden een aantal verbeteringen beoogd, namelijk de vereenvoudiging van de rechtsgang, een verdergaande deformalisering, de modernisering van de verhouding tussen rechter en partijen door de eerstegenoemde een actievere houding te laten hebben, het streven naar efficiëntie en, tot slot, harmonisering.[4] Als gevolg hiervan is het oorspronkelijke onderscheid tussen verzoekschrift- en dagvaardingsprocedures, hoewel nog steeds aanwezig, minder sterk geworden.[5]

Naast deze wijzingen heeft men zich ook op het burgerlijk procesrecht als zodanig willen herbezinnen. Daartoe is de zogenaamde 'Commissie Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht' in het leven is geroepen, onder het voorzitterschap van W.D.H. Asser. Van de hand van deze commissie is in 2003 een tussenrapport uitgebracht[6] en in 2006 een eindrapport.[7]

---

1 Zo ook H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2017, no. 8.

2 Zie *Kamerstukken II*, 2014-15, 34 059, nr. 3, p. 15 (MvT), waar de Minister stelt dat verzoeken meestal aspecten van openbare orde betreffen, ook onder het nieuwe systeem dat met de KeIwetgeving wordt ingevoerd.

3 Zie P.A. Stein & A.S. Rueb (m.m.v. E. Gras & A.W. Jongbloed), *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 11-12; Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen* 2015/4; H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2017, no. 22; A.I.M. van Mierlo & J.H. Van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg. Serie BP&P. Deel 1*, Deventer: Kluwer 2011/1.3.4.-1.3.5. Zie voor de parlementaire geschiedenis A.I.M. van Mierlo (m.m.v. F.M. Bart), *Parlementaire geschiedenis: herziening van het burgerlijk procesrecht voor burgerlijke zaken, in het bijzonder de wijze van procederen in eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2002.

4 Zie Van Mierlo & Van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding* 2011/1.3.4; Stein/Rueb, *Compendium* 2015, p. 11-12.

5 In het kader van de herziening is ook nog een zogenaamde 'Veegwet' aangenomen, die de overbodige bepalingen van burgerlijk procesrecht heeft afgeschaft. Zie, o.a, Van Mierlo & Van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding* 2011/1.3.4.

6 W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003.

7 W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2006.

32 KeI

Voorts is recentelijk het zogenaamde Programma Kwaliteit en Innovatie Rechtspraak ('KeI Rechtspraak') in werking gesteld. Dit programma had onder meer de digitalisering van zowel burgerlijke als bestuursrechtspraak op het oog, maar ging eveneens gepaard met veranderingen in het burgerlijk procesrecht.[8] Deze wijzigingen in het procesrecht, die hierna aan de orde zullen komen, zijn inmiddels vastgesteld bij wet.[9] Delen van de wet zijn in werking getreden op 1 maart 2017 en andere delen op 1 september 2017.[10] De wet heeft echter een beperkte reikwijdte. Voor civiele zaken betreft dit slechts de procedures voor de Hoge Raad[11] en handelszaken met verplichte procesvertegenwoordiging bij de rechtbanken Gelderland en Midden-Nederland.[12] Ofschoon het digitaliseringstraject van het KeI-project tijdelijk is stopgezet,[13] blijft deze wetgeving nog steeds gelden, hetgeen inhoudt dat voor deze twee rechtbanken een afwijkend procesrecht geldt, welke situatie vooralsnog voortduurt.

---

8 En in mindere mate het bestuursprocesrecht, maar dat valt buiten het bestek van de onderhavige studie.

9 Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Stb.* 2016, 288.

10 Art. II van het Besluit van 24 april tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van diverse onderdelen van de Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procerecht (Stb. 2016, 289), de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, het Besluit digitalisering procesrecht en bestuursprocesrecht en het Aanpassingsbesluit vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, *Stb.* 2017, 174.

11 Per 1 maart 2017, zie art. CX Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, *Stb.* 2016, 290, jo. art. II van het Besluit van 25 januari 2017 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van diverse onderdelen van de Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht (Stb. 2016, 288), de Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie (Stb. 2016, 289), de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, het Besluit digitalisering burgerlijk procesrecht en bestuursprocesrecht en het Aanpassingsbesluit vereenvoudiging en digitalisering procerecht, *Stb.* 2017, 16.

12 Per 1 september 2017, zie art. CX jo. CIXa Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, *Stb.* 2016, 290, jo. art. II van het Besluit van 24 april tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van diverse onderdelen van de Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procerecht (Stb. 2016, 289), de Invoeringswet vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, het Besluit digitalisering procesrecht en bestuursprocesrecht en het Aanpassingsbesluit vereenvoudiging en digitalisering procesrecht, *Stb.* 2017, 174. Zelfs dan is nog schriftelijke instemming van de betrokken procespartijen en hun advocaten vereist, moet het zaken betreffen waarvan de rechtsgevolgen ter vrije bepaling van partijen staan, en moet de zaak na inwerkingtreding van dit artikel bij de rechtbank zijn aangebracht.

13 Zie o.a. *Kamerstukken II*, 2017-18, 29 279, nr. 420 (Brief van de Minister voor Rechtsbescherming). Intussen is een Spoedwet KeI in werking getreden (Wet van 3 juli 2019, *Stb.* 2019, 241).

De Memorie van Toelichting spreekt van een vijftal veranderingen die de Kelwetgeving teweeg heeft gebracht.[14] Dit zijn de invoering van een eenvoudige basisprocedure, de afschaffing van de verplichting tot officiële betekening bij exploot, de toename van het aantal wettelijke termijnen, de versterking van de sturing van het geschil door de rechter en het in beginsel verplichten van procederen langs elektronische weg. Zo wordt er in het burgerlijk geding onder meer van één basisprocedure uitgegaan. De regeling daarvan kan worden gevonden in het (nieuwe) art. 30a e.v. Rv. Daarmee komt het oorspronkelijke onderscheid tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedures te vervallen en zullen alle procedures voortaan worden ingeleid met een 'procesinleiding'.[15] Overigens wordt er wel een onderscheid gemaakt tussen procedures waarbij een vordering wordt ingesteld ('vorderingsprocedure') en die waarbij een verzoek wordt ingediend ('verzoekprocedure').[16] Een vergelijkbare herziening van het procesrecht heeft ook plaatsgevonden bij de hogere instanties; ook daar is een vereenvoudiging van de procedure beoogd.[17] In hoger beroep is de term 'appeldagvaarding' of 'beroepschrift' vervangen door het 'hogerberoepschrift'.

Deze wijzigingen zijn voor het onderhavige onderwerp niet van een rechtstreeks belang. Zoals de Minister van Justitie heeft aangegeven, blijft het immers aan partijen om te bepalen of er wordt geprocedeerd, en zo ja, wat de omvang van het geschil is.[18] Daarmee zal het primaat van de partijautonomie in beginsel niet worden aangetast. Desondanks laten deze ontwikkelingen zien dat het Nederlandse procesrecht momenteel een verandering ondergaat en dat het zich verder verwijdert van het oorspronkelijke Romaanse model. Voorts kunnen de wijzigingen op meer indirecte wijze invloed uitoefenen op de verhouding tussen rechter en partijen, en, dus, op de toepassing van (buitenlands) recht. Wanneer er immers een onderscheid tussen 'basisprocedures' en meer gecompliceerde procedures wordt gemaakt, is het de vraag of zaken waarin een vreemd recht toepasselijk is – of waarin in ieder geval de conflictregel moet worden toegepast – niet per definitie onder die laatste categorie behoren te vallen, gezien alle complicaties die daarmee gepaard gaan. Dit zal verder in hoofdstuk 7 worden besproken.

2.2.1.2 Functies, beginselen en kenmerken van het burgerlijk geding

33 Algemeen

Zoals elk stelsel van burgerlijk procesrecht, kent het Nederlands burgerlijk procesrecht een aantal beginselen dat daarvan het fundament vormt. In de literatuur worden van die (hoofd)beginselen verschillende onderscheidingen en indelingen gemaakt, waarop in het kader van de onderhavige studie niet al te uitgebreid kan

14 *Kamerstukken II*, 2014-15, 34 059, nr. 3, p. 5.
15 Zie art. 30a lid 1 Rv (nieuw).
16 Art. 30a lid lid 2 Rv (nieuw).
17 Wet van 13 juli 2016 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht in hoger beroep en cassatie, *Stb.* 2016, 289.
18 *Kamerstukken II* 2014-15, 34 059, nr. 3, p. 4 (MvT).

worden ingegaan. Het volstaat in dit verband dat daartoe veelal de beginselen worden gerekend die vele procesrechtsstelsels gemeen hebben, zoals de partijautonomie, hoor en wederhoor, onpartijdigheid van de rechter, openbaarheid van behandeling en uitspraak, de motivering van de beslissing, toegang tot de rechter en de redelijke termijn. Deze beginselen zijn vrij fundamenteel en vertonen, op de partijautonomie na, veel verwantschap met de vereisten van een eerlijk proces ex art. 6 EVRM.[19] Verder worden er nog beginselen van een minder fundamenteel karakter onderscheiden,[20] zoals de verplichte procesvertegenwoordiging, de collectieve ministerieplicht, de beoordeling in twee instanties en de controle in cassatie. Aangezien deze beginselen niet alle van belang zijn voor de toepassing van het recht, zal hierop niet verder worden ingegaan.[21]

34 Functies

In verband met de toepassing van het recht en de taakverdeling tussen rechter en partijen zijn de *functies* van het Nederlandse procesrecht van belang. Ook kan worden gesteld dat met name de partijautonomie – of het spiegelbeeld daarvan, de lijdelijkheid van de rechter – als *beginsel* van Nederlands burgerlijk procesrecht door sommige auteurs in twijfel wordt getrokken. Deze twee zaken zullen hierna wat uitgebreider aan de orde komen.

Om met het eerste – de functie – te beginnen, kan worden gewezen op de verschillende indelingen die sommige auteurs maken ten aanzien van de functie die met het burgerlijk procesrecht wordt beoogd. Zo zijn er schrijvers die een onderscheid maken tussen de politionele functie, de rechtsverschaffingsfunctie en de rechtsontwikkelingsfunctie. Van belang is daarbij de vraag, of burgerlijk procesrecht voornamelijk het belang van partijen dient, of dat er ook andere, meer publiek of maatschappelijk getinte, belangen een rol moeten spelen. Er is in dat verband wel gewezen op de veranderde maatschappelijke verhoudingen, waardoor een uitsluitende focus op het partijbelang niet meer gerechtvaardigd zou zijn. Zo wordt in het interimrapport *Een nieuwe balans* door de Commissie Fundamentele herbezinning gesteld:[22]

> 'Tegen de achtergrond van dit alles kan niet worden aanvaard dat het civiele proces een zaak is die louter en alleen de procederende partijen aangaat. Het civiele proces is geen private rechtspraak die door de overheid ter beschikking wordt gesteld. De partijen betreden de publieke ruimte – het forum (dat zijn naam ontleent aan de Romeinse marktplaats) – en maken gebruik van diensten die

19 Partijautonomie lijkt wel van belang bij het vaststellen of het gedrag van partijen van invloed is geweest op de schending van het vereiste van een redelijke termijn van art. 6 EVRM, zie Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 223-224. Het verklaart althans de opkomst van een actievere houding van de rechter, zie Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 42; Asser, Groen & Vranken, *Een nieuwe balans* 2003, p.74.

20 Althans niet zodanig, dat deze onmisbaar zijn voor een behoorlijk civiel proces, zie Hugenholtz/Heemskerk, *Hoofdlijnen* 2015/5.

21 Ten overvloede kan nog worden gewezen op het algemene zorgvuldigheidsbeginsel en de interne/externe toegankelijkheid, zie Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, resp. no. 30, 38 en 53.

22 Asser, Groen & Vranken, *Een nieuwe balans* 2003, p. 63.

de gemeenschap ter beschikking stelt. Dat schept verantwoordelijkheden en verplichtingen tegenover de gemeenschap.'

Uit dit citaat komt een opvatting naar voren, die het burgerlijk proces als zodanig een haast publiek karakter toekent. Het past goed in de lijn die in het voornoemde rapport wordt gevolgd, ook ten aanzien van het vraagstuk van de hedendaagse rol van de partijautonomie.

Welke functies of doelen van het burgerlijk geding spelen een rol? Meestal worden in de doctrine de volgende functies genoemd: rechts- en titelverschaffing, het voorkomen van eigenrichting ('politionele functie'[23]), en de rechtsontwikkeling en rechtseenheid.[24] Het valt niet moeilijk in te zien dat name de rechts- en titelverschaffing in het belang van partijen is, terwijl met het tegengaan van eigenrichting en de rechtsontwikkeling en rechtseenheid meer publieke belangen zijn gemoeid.[25]

35 Partijautonomie

Het tweede punt betreft de positie van de partijautonomie in het huidige burgerlijk procesrecht. In de Nederlandse doctrine wordt al langer de opvatting gehuldigd dat het beginsel van partijautonomie wordt verdrongen door het beginsel van hoor en wederhoor.[26] Dit zou worden veroorzaakt door het gegeven dat hoor en wederhoor oorspronkelijk vooral betrekking hebben op de (horizontale) verhouding tussen partijen, terwijl het zich tegenwoordig ook voordoet in de (verticale) verhouding tussen partijen en rechter.[27] Niet zozeer de wil van partijen zou meer bepalend zijn, maar eerder de vraag of zij zich hebben kunnen uitlaten over het geschil of over de voorgenomen handelingen van de rechter. Sommigen menen zelfs dat het beginsel van partijautonomie niet langer een beginsel, maar slechts een 'kenmerk' van het huidige civiele geding zou zijn. Zo hebben de auteurs van het interimrapport *Een nieuwe balans* wel gemeend dat '(…) die visie (het zogenaamde 'strijdmodel', auteur) moet worden vervangen door een visie die uitgaat van de gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle betrokkenen, rechter en partijen, voor een voortvarend, efficiënt en effectief verloop van het proces.'[28] Dit zou meebrengen 'dat een begrip als partijautonomie niet meer als richtinggevend beginsel kan dienen.'[29] Daarom is op die stelling wel kritiek geuit, waardoor de Commissie in haar eindrapport enigszins van haar opvattingen is teruggekomen.[30] Er is in het eindrapport van de

23 Zie Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 12.

24 Zie Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 13-14; Zie I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, no. 9-15; Stein/Rueb, *Compendium* 2015, p. 1-3.

25 Zo ook Asser, Groen & Vranken, *Een nieuwe balans* 2003, p. 37.

26 Zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 11-12, en de aldaar in vtnt. 21 opgenomen literatuur.

27 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 15, en de aldaar (met name in vtnt 41) opgenomen literatuur.

28 Asser, Groen & Vranken, *Een nieuwe balans* 2003, p. 78.

29 Asser, Groen & Vranken, *Een nieuwe balans* 2003, p. 79.

30 Zie Asser, Groen & Vranken, *Uitgebalanceerd* 2006, p. 28 e.v.

Commissie een zekere nuance aangebracht, in die zin dat partijen nog steeds zelf de feitelijke gegevens verschaffen en de 'grondslagen van het proces' bepalen.[31] Slechts zou het erom gaan om de strikte verdeling van taken tussen rechter en partijen te nuanceren.[32] Andere schrijvers menen dat de partijautonomie terecht nog steeds tot uitgangspunt van het burgerlijk geding wordt genomen.[33]

Een van de redenen waarom wordt aangenomen dat de partijautonomie aan belang heeft ingeboet, is de veranderende rol van de rechter en de mitigatie van diens lijdelijkheid. Dit kan worden bezien in het licht van de oorsprong van deze lijdelijkheid, die gedurende lange tijd zeer strikt is geweest, in het bijzonder in procedures op tegenspraak. Deze opvatting is in de negentiende eeuw opgekomen, en lijkt mede geïnspireerd te zijn geweest door de Duitse literatuur.[34] Sinds enkele decennia heeft deze lijdelijkheid echter aan belang ingeboet en wordt aan de rechter vaker de plicht opgelegd om de 'waarheid' boven tafel te krijgen.[35] In dit licht bezien is mogelijk eerder sprake van een normalisering van de rol van de partijautonomie dan van een verdwijnen daarvan, en worden slechts de scherpe kantjes ervan afgehaald. Het is mogelijk slechts een ontwikkeling die past in de verdergaande deformalisering van het procesrecht die reeds was ingezet.[36]

2.2.2 Wisselwerking tussen rechter en partijen: partijautonomie en hoor en wederhoor

36 Algemeen

Bij de vraag of partijen het recht moeten inroepen en bij tegenspraak moeten bewijzen, of dat de verantwoordelijkheid voor de rechtstoepassing bij de rechter ligt, komt het aan op de algemene verdeling van taken en verantwoordelijkheden tussen rechter en partijen in een civiele procedure. Deze wordt in het Nederlandse recht beheerst door een aantal beginselen. Hierbij gaat het, kort gezegd, om het beginsel dat de rechter niet meer of anders mag toewijzen dan is gevorderd of verzocht (*ne ultra petita* of *ne extra petita*), dat partijen in beginsel de heerschappij over de feitenvaststelling hebben, dat partijen in beginsel de omvang van het geschil bepalen en dat de aanvulling van rechtsgronden tot het domein van de rechter behoort. Wanneer de rechter verplicht dan wel bevoegd is om ambtshalve op te treden, heeft hij nog rekening te houden met het beginsel van hoor en wederhoor (*audite et alterem partem*).

---

31 Asser, Groen & Vranken, *Uitgebalanceerd* 2006, p. 50.

32 Asser, Groen & Vranken, *Uitgebalanceerd* 2006, p. 50.

33 Asser Procesrecht/Van Schaick 2011 2/par. 1.3, no. 8; Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 42.

34 Aldus Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 6-11.

35 Zie Asser, Groen & Vranken, *Een nieuwe balans* 2003, p. 65 e.v.

36 Zie bijvoorbeeld de soepelere omgang met de nietigheid van de dagvaarding.

37 Partijautonomie

Het beginsel van partijautonomie brengt mee dat partijen bepalen of zij procederen of dat zij een reeds geëntameerde procedure beëindigen. Ook kunnen partijen overeenkomen de procedure te beëindigen door middel van een vaststellingsovereenkomst, althans in vermogensrechtelijke aangelegenheden.[37] De vaststellingsovereenkomst mag in strijd zijn met dwingend recht, maar – op straffe van nietigheid – niet met de openbare orde of de goede zeden zijn, bij welk begrip wordt aangesloten bij art. 3:40 lid 1 BW.[38]

Het beginsel dat de rechter niet meer of anders mag toewijzen dan door partijen is gevorderd en verzocht, kan worden teruggevonden in art. 23 Rv. In het kader van deze studie kan daaraan niet al te veel aandacht worden besteed; het volstaat om te constateren dat wanneer de rechter meer toewijst dan is gevraagd, dit een aanleiding kan zijn om een hogere voorziening te vragen. Vorderingen die de instructie of voortgang van de zaak betreffen, worden overigens niet door art. 23 Rv bestreken. Hierbij kan worden gedacht aan een vordering tot het bevelen van een deskundigenonderzoek.[39]

38 Feitenvaststelling: stelplicht en bewijslast

Partijen dragen de verantwoordelijkheid voor de feiten. Het Nederlandse burgerlijk proces maakt een onderscheid tussen twee soorten feiten, namelijk de vaststaande feiten en de betwiste feiten. De vaststaande feiten zijn feiten die door de ene partij zijn gesteld en door de andere niet zijn betwist; ten aanzien daarvan mag de rechter geen bewijs bevelen, zo blijkt uit art. 149 lid 1 Rv, tenzij aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg waarover partijen niet de vrije beschikking hebben. Met andere woorden, indien de processuele openbare orde in het geding is, heeft de rechter de bevoegdheid bewijs te bevelen en wordt daarmee een uitzondering gemaakt op het beginsel van partijautonomie op grond van de betrokken belangen. Betwiste feiten daarentegen zijn feiten die door de wederpartij van de partij die ze stelt op toereikende wijze zijn betwist. Indien een partij niet voldoende betwist, zullen de gestelde feiten als vaststaand worden beschouwd; indien zij wel voldoende worden betwist, behoren ze tot de 'problematische feiten',[40] waarover partijen discussie hebben en ten aanzien waarvan bewijs geleverd dient te worden.

Naast de hierboven genoemde betwisting van een vordering, kan de wederpartij van de stellende partij ook een zogenaamd 'bevrijdend' of 'zelfstandig' verweer voeren,[41] waarbij de verwerende partij weliswaar de gestelde feiten erkend, maar daartegenover feiten stelt op grond waarvan de vordering niet toegewezen kan worden, zoals een beroep op verjaring of op overmacht. Daarmee komt, indien de

37 Art. 7:902 BW.

38 Broekema-Engelen, in: *T&C BW*, art. 7:902 BW, aant. 3(b), onder verwijzing naar *Kamerstukken II* 1982/83, 17779, nr. 3, p. 38 (MvT).

39 Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 23, aant. 2.

40 V. van den Brink, 'Stellen, betwisten, bewijzen – een handleiding', *PP* 2008, afl. 4, p. 89-100, op p. 91.

41 Zie Beenders, in: *T&C Rv*, art. 150 Rv, aant. 2; Stein/Rueb, *Compendium* 2015, p. 170-172.

wederpartij van de verwerende partij de in het verweer vermelde feiten betwist, de bewijslast te rusten op de verwerende partij. Immers, laatstgenoemde roept een nieuw rechtsgevolg in het leven; de feiten die het door eiser ingeroepen rechtsgevolg rechtvaardigden staan immers door de niet-betwisting vast. Dit volgt uit de in Nederland vigerende 'objectiefrechtelijke bewijsleer',[42] waarbij het objectieve recht de bewijslast bepaalt.

39 Grenzen van de rechtsstrijd: art. 24 Rv

Partijen bepalen welke feiten en omstandigheden zij aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag leggen. De rechter mag deze "feitelijke grondslag" niet ambtshalve aanvullen en daarmee buiten de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd treden. Art. 24 Rv dient niet verward te worden met het hiervoor aangehaalde art. 149 Rv, dat ziet op het aan de rechter opgelegde verbod om de feiten aan te vullen. Art. 149 Rv beoogt enkel te voorkomen dat de rechter zijn beslissing baseert op feiten die niet ten processe zijn gebleken of zijn komen vast te staan. Art. 24 Rv ziet op feiten en omstandigheden, voor zover zij door partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag zijn gelegd. In wezen kunnen de "feiten" uit art. 149 Rv dus meer beslaan dan de "feitelijke grondslag" van art. 24 Rv; het is immers mogelijk dat ten processe feiten zijn komen vast te staan of zijn gebleken die niet door partijen ten grondslag zijn gelegd aan hun vordering, verzoek of verweer. In dat geval mag de rechter de feiten die weliswaar zijn gebleken maar niet zijn ingeroepen, niet gebruiken als basis voor zijn oordeel.

Wanneer het gaat om de verhouding tussen rechter en partijen, gelden in het Nederlands procesrecht de beginselen van de lijdelijkheid van de rechter (of partijautonomie), van hoor en wederhoor en van berechting binnen een redelijke termijn.

Lange tijd is het Nederlandse burgerlijk procesrecht gekenmerkt door een strenge opvatting van de lijdelijkheid van de rechter, in het bijzonder in procedures op tegenspraak. Deze opvatting is in de negentiende eeuw opgekomen, mede onder invloed van de Duitse literatuur en aangemoedigd door de liberale opvattingen inzake de verhouding tussen staat en individu.[43] Met een beroep op de partijautonomie werd aan de rechter een zeer passieve houding opgelegd. Tegenwoordig wordt de strikte lijdelijkheid van de civiele rechter verlaten en vervangen door een systeem van een actievere rechter, die zoveel als mogelijk poogt de 'waarheid' te achterhalen. In dat verband wordt wel betoogd dat het beginsel van de partijautonomie aan belang heeft verloren, en zelfs dat diens plaats langzaamaan wordt ingenomen door het beginsel van hoor en wederhoor.[44]

Hoe dit ook zij, in het vernieuwde Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 2001 is de lijdelijkheid van de rechter nog steeds verankerd en kent deze een aantal

---

42 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 211-213.

43 Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 7.

44 In het Interimrapport Fundamentele Herbezinning Burgerlijk Procesrecht ('Een nieuwe balans') is zelfs gesteld dat de partijautonomie niet meer als 'richtinggevend beginsel' kan worden gehanteerd, op hetgeen, zo blijkt uit het Eindrapport, veel kritiek is gekomen. Zie Asser, Groen & Vranken, *Uitgebalanceerd* 2006, p. 49.

verschijningsvormen. Deze zijn de uitgangspunten van *ne ultra petita*, van de feitenvaststelling door partijen en van de feitelijke grondslag van het partijdebat (ofwel het bepalen van de grenzen van de rechtsstrijd).

2.2.3 Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden

40 Hoofdregel: ambtshalve aanvullen van rechtsgronden

Ten aanzien van de door partijen aan hun vordering, verzoek of verweer ten grondslag gelegde feiten geldt dat de rechter deze feitelijke grondslag niet mag aanvullen in verband met de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd. Bij het toepassen van de regel die het rechtsgevolg aan het door partijen gestelde feitencomplex toekent, geldt echter dat de rechter de plicht heeft zulks ambtshalve te doen. Het beginsel *iura novit curia* is een belangrijk uitgangspunt in het Nederlandse burgerlijk proces. Het is een oud beginsel dat via de receptie van het Romeinse recht in de Nederlandse rechtsorde terecht is gekomen,[45] eerst in art. 48 Rv (oud), nu als art. 25 Rv., en dat geen, om met Jessurun d'Oliveira te spreken, 'Frans exportartikel'[46] is. De rechter wordt geacht het Nederlandse recht te kennen, en aldus vloeit er voor hem een verplichting voor om de rechtsgronden, zoals deze door partijen zijn aangedragen, aan te vullen. Hij is daarbij niet gebonden aan hetgeen partijen daaromtrent stellen.

Naar aanleiding van het voorgaande rijst de vraag of onder "rechtsgronden" in de zin van art. 25 Rv ook verstaan dienen te worden "rechtsgronden naar gewoonterecht". Gewoonterecht, vooral wanneer het lokaal gewoonterecht betreft, behoeft niet altijd bij de rechter bekend te zijn, zodat het moeilijker voor hem zal zijn dergelijke rechtsgronden ambtshalve aan te vullen. Volgens de rechtspraak van de Hoge Raad dient ook gewoonterecht ambtshalve te worden aangevuld. Zo betrof het in het arrest *Meijer c.s./Toxopeus*[47] een gewoonterechtelijke regel van oudvaderlands zakenrecht. De Hoge Raad oordeelde te dien aanzien dat een rechterlijk oordeel over een regel van gewoonterecht een rechtsoordeel is, bij de bepaling van welks inhoud de rechter niet is gebonden aan regels van bewijsrecht, noch aan stellingen van partijen daaromtrent. Gewoonterecht wordt daarmee beschouwd als recht en niet als een feit.

41 Uitzondering I: 'rechtsmiddelen'

De ambtshalve aanvulling van de rechtsgronden is dus de hoofdregel. Dit geldt niet alleen wanneer de betrokken rechtsregels van openbare orde zijn, maar ook als sprake is van disponibele rechten. In het laatste geval is de ambtshalve aanvulling evenwel niet absoluut. Het gaat daarbij om twee door de partijautonomie ingegeven uitzonderingen. Ten eerste is het de rechter verboden ambtshalve aan te vullen als

---

45 Zie Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden* 1970, p. 3-35, voor een overzicht van de historische ontwikkeling van dit begrip.

46 Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 29.

47 HR 1 juli 1994, *NJ* 1995/547, m.nt. WMK, r.o. 3.6.

de betrokken rechtsgronden alleen door de partijen aangevoerd mogen worden. Ten tweede kan het zich voordoen dat de partijen de ambtshalve aanvulling van de betrokken rechtsgrond niet wensen.

De rechter dient zich te onthouden van het aanvullen van rechtsgronden als deze alleen door partijen aangevoerd kunnen worden. Oorspronkelijk wordt hier van "rechtsmiddelen" gesproken.[48] Het betreft regels waarvan de toepassing niet zodanig van belang wordt geacht, dat deze ambtshalve door de rechter moeten geschieden. Een voorbeeld van dergelijke rechtsmiddelen is het beroep op verjaring (art. 3:322 lid 1 BW), of het beroep op gezag van gewijsde (art. 236 lid 3 Rv).[49] Deze 'rechtsmiddelen' hebben het karakter van een verdedigingsmiddel tegen een ingestelde vordering en zijn als zodanig aan de beschikkingsvrijheid van de verwerende partij overgelaten.

Het karakter van 'rechtsmiddel' kan meebrengen dat de partijen een zwaardere stelplicht hebben. Zo heeft de Hoge Raad inzake het beroep op verjaring geoordeeld dat in art. 3:322 lid 1 BW besloten ligt dat een dergelijk beroep met voldoende duidelijkheid dient aan te geven op welke verjaring hij het oog heeft. Dit betreft een vraag van uitleg van de verklaring van de betrokken procespartij.[50] Wordt slechts in algemene termen een beroep op verjaring gedaan, zonder daarbij een specifieke wettelijke bepaling te noemen en zonder aan te geven op welke verjaring zij een beroep deed, kan dit soms volstaan. De voorwaarde is wel dat uit de omstandigheden moet blijken op welke verjaringstermijn de betreffende partij het oog had. Welke repercussies een en ander kan hebben voor een beroep op verjaring naar vreemd recht zal worden besproken in paragraaf 2.3.3.2. in het kader van de bespreking van het arrest *Al Rafidain Bank/Solvochem*.

42 Uitzondering II: beperking van de te hanteren rechtsgrondslag

Een andere uitzondering op de werking van het beginsel *iura novit curia* is dat de rechter geen rechtsgronden mag aanvullen als de procespartijen dat uitdrukkelijk niet wensen. Volgens de hoofdregel heeft de rechter weliswaar de plicht om ambtshalve en onafhankelijk van partijen de rechtsgronden aan te vullen, ook als partijen een onjuiste kwalificatie aan de feiten geven. Dit kan echter anders zijn indien een partij de vordering beoordeeld wil zien op basis van een rechtsgrond die beantwoordt aan de betreffende kwalificatie.[51] In dat geval dient te rechter zich te

48 Zie, o.a., P.M.M. Mostermans, 'Bedenkingen tegen een facultatief conflictenrecht', in: R. Kotting, J.A. Pontier, & L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori. Symposium gehouden op vrijdag 26 september 2003 ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. Th.M. de Boer als hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Universiteit van Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2004, p. 37-57, op p. 46-47; Crommelin 2007, p. 100; R. van Boneval Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht* (deel 1), Leiden: Brill 1893, p. 112; en Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen* 1970, p. 37-39, no. 27. Uiteraard moeten deze rechtsmiddelen niet worden verward met het rechtsmiddel in de zin van een hogere voorziening.

49 Een twijfelgeval betreft het beroep op eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW, zie HR 26 september 2003, *NJ* 2004/460, en de noot van Teuben in *JPBr* 2004/15.

50 HR 29 december 1995, *NJ* 1996/418 (*Buyck van den Ameele*), r.o. 3.3.

51 HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/625 (*Van Rooij/Erven van der Sluijs*), r.o. 3.2.

onthouden van het uit eigen beweging aanvullen van andere rechtsgronden. Mocht de rechter in een dergelijk geval wel overgaan tot ambtshalve aanvulling, dan zou hij zich buiten de rechtsstrijd van partijen begeven.[52] Zo oordeelde de Hoge Raad in het arrest *Van Rooij/Erven van der Sluijs*:[53]

> 'Die opvatting is in haar algemeenheid onjuist. Zij miskent dat het enkele feit dat een eisende partij de aan haar vordering ten grondslag gelegde rechtsverhouding onjuist heeft gekwalificeerd, de rechter niet ontslaat van zijn uit art. 48 Rv voortvloeiende verplichting om ambtshalve en onafhankelijk van enige door die partij aangehangen rechtsbeschouwing te onderzoeken of de door deze tijdens het geding aan haar vorderingen ten grondslag gelegde feiten die vordering kunnen dragen. Dit is slechts anders, indien moet worden aangenomen dat de eisende partij haar vordering uitsluitend beoordeeld wenst te zien op basis van een rechtsverhouding die aan die kwalificatie beantwoordt.'

Dit betekent dat de partijen de rechter in potentie kunnen binden aan de door hen gewenste kwalificatie, in welk geval zij overigens wel het risico lopen dat daardoor de vordering wordt afgewezen.

Een dergelijke binding van de rechter aan de door de partijen gekozen kwalificatie moet evenwel uitdrukkelijk geschieden. Dit is vastgesteld in het arrest *De Rond/Flotille*.[54] In deze huurzaak hadden de huurders met een beroep op het (niet-toepasselijke) art. 6 Huurprijzenwet woonruimte gevorderd dat het bedrag aan servicekosten naar beneden moest worden bijgesteld. Kantonrechter en rechtbank hadden dit opgevat als een binding van de rechter aan de grondslag van het gevorderde. De Hoge Raad vernietigde het oordeel echter en oordeelde dat ook als partijen zich slechts op art. 6 HPW hadden beroepen, dit niet zonder meer mag worden opgevat als een uitsluitende kwalificatie van de betrokken rechtsverhouding, en dit de rechter dus niet ontsloeg van diens plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen. Geconcludeerd kan dus worden dat een dergelijke binding niet stilzwijgend mag geschieden.

43 Uitzonderingen van algemene aard

Naast de uitzonderingen die specifiek gelden voor de aanvulling van rechtsregels zelf, zijn er ook categorieën van uitzonderingen aan te wijzen die van algemenere aard zijn. Een eerste uitzondering is eveneens gelegen in de partijautonomie. Zo mag de rechter, als hij het geval kwalificeert en daarbij een andere rechtsgrond hanteert dan door de partijen is aangevoerd, zich niet buiten de door de partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd begeven. Het zijn immers partijen die de feitelijke grondslag bepalen, voor zover er tenminste geen rechten betrokken zijn die van openbare orde zijn.[55] Kortom, via een 'herkwalificatie' kunnen geen andere feiten of omstandigheden aan de rechterlijke beslissing ten grondslag worden gelegd dan die

52 Van Mierlo, in: *T&C Rv*, art. 25 Rv, aant. 3.b.

53 HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/625 (*Van Rooij/Erven van der Sluijs*), r.o. 3.2. Zie ook Snijders & Wendels, *Civiel appel* 2009/234.

54 HR 15 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD6625, *NJ* 2002/228 (*De Rond/Flotille*)

55 Ook al is het in de praktijk lastig om de rechtsgronden aan te vullen zonder de feitelijke grondslag van het geding te buiten te gaan, zie Asser Procesrecht/Van Schaick *2* 2016/99.

uitdrukkelijk door de partijen zijn ingeroepen.[56] Voorts is het niet toegestaan dat de rechter meer of iets anders toewijst dan gevorderd is (*ne ultra petita*). Bij een 'herkwalificatie' van een onrechtmatige daad als een wanprestatie, kan de rechter dus geen ontbinding van de overeenkomst uitspreken indien slechts schadevergoeding is geëist.

Een tweede uitzondering van algemene aard hangt niet samen met de partij-autonomie, maar met het beginsel van hoor en wederhoor. Ook al heeft de rechter de plicht om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen, neemt dit niet weg dat hij wel rekening moet houden met de verwachtingen van de partijen en het 'recht van verdediging'.[57] Hij moet een zogeheten 'verrassingsbeslissing' te allen tijde zien te voorkomen. Dat is het geval wanneer de partijen worden verrast, doordat de rechter "wezenlijke elementen" aan zijn vonnis ten grondslag legt waarover zij niet, of althans niet voldoende, zijn gehoord. Van belang is de vraag of de partijen deze beslissing konden zien aankomen, omdat het processuele debat daarvoor een indicatie gaf.[58] Met de toepassing van bepaalde rechtsregels zullen de partijen echter altijd rekening moeten houden.[59]

44 Openbare orde

De in het voorgaande besproken uitzonderingen gaan echter niet altijd op. De rechter moet in weerwil van deze uitzonderingen namelijk wel ambtshalve optreden indien de openbare orde in het geding is. Het is onduidelijk wat precies onder het begrip 'openbare orde' moet worden begrepen. Het gaat in ieder geval om rechten waarover partijen niet vrijelijk kunnen beschikken.[60] Dwingend recht kan wel, maar hoeft niet van openbare orde te zijn.[61] Het is mogelijk dat dwingend recht niet van openbare orde is en in dat geval mag het niet ambtshalve door de rechter worden toegepast, voor zover hij daarmee althans buiten de grenzen van de rechtsstrijd treedt.[62]

---

56 Aldus ook Snijders & Wendels, *Civiel appel* 2009/231.

57 Tjong Tjin Tai, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 25 Rv, aant. 5.

58 Vgl. HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004/39 (*Lukan/Brokke*), r.o. 3.3., waarin werd geoordeeld '(…) dat de rechter niet in strijd mag handelen met het beginsel dat partijen over de wezenlijke elementen die ten grondslag liggen aan de rechterlijke beslissing voldoende moeten zijn gehoord en niet mogen worden verrast met een beslissing van de rechter waarmee zij, gelet op het verloop van het processuele debat, geen rekening behoefden te houden'. Zie ook Van Mierlo, in: *T&C Rv*, art. 25 Rv, aant. 4.

59 Zoals procesregels, zie Van Mierlo, in: *T&C Rv*, art. 25 Rv, aant. 4.

60 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 47.

61 Zie Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen* 1970, no. 109; Van Mierlo, in: *T&C Rv*, art. 25 Rv, aant. 2.b.

62 Anders: A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007, p. 19 e.v., en A.S. Hartkamp, 'Reactie op "ambtshalve aanvullen van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt" van prof. mr. H.J. Snijders in WPNR (2008) 6761', *WPNR* 2008, afl. 6779, p. 977-981, op p. 979-980, die meent dat de nietigheid van rechtshandeling wegens strijd met dwingend recht ook buiten de rechtsstrijd van de partijen vastgesteld moet worden. Kritisch: H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 2008, afl. 6761, p. 541-552, op p. 544-545, en Snijders, *WPNR* 2009, p. 1000.

In het kader van het openbare orde-vraagstuk bestond er een verschil van inzicht tussen de Hoge Raad en het Hof van Justitie van de EG over de vraag, of mededingingsrecht als recht van dergelijk fundamentele aard moet worden beschouwd.[63] In casu betrof het de (eventuele) vernietiging van een vonnis van het Nederlands Arbitrage Instituut, dat mogelijk in strijd met art. 81 EG (huidig art. 101 VWEU) zou zijn. De vraag rees of dit ook als strijd met de openbare orde in de zin van art. 1065 Rv zou hebben te gelden.[64] De Hoge Raad meende aanvankelijk dat zulks niet het geval was,[65] maar in de door de Hoge Raad verzochte prejudiciële beslissing kwam het HvJ EG tot een ander oordeel. Het is overigens de vraag of hiermee hetzelfde openbare orde-begrip wordt bedoeld als in processuele zin. In ieder geval heeft de Hoge Raad inzake de Nederlandse mededingingsregel van art. 6 Mw geoordeeld dat dit geen recht van openbare orde in processuele zin betreft.[66]

45 Deskundigenbericht over Nederlands recht?

Hoewel het adagium *iura novit curia* betekent dat de rechter het recht uit eigen beweging moet toepassen, dient men het vooral op te vatten als een taakopdracht aan de rechter, een 'in Seinsgewaad gestoken Sollen'.[67] Lange tijd is in de Nederlandse literatuur de vraag gesteld of rechters een deskundigenbericht over juridische aangelegenheden mogen bevelen.[68] Daarbij werd vooral de vraag gesteld of een deskundigenbericht moet worden beschouwd als een bewijsmiddel of als een 'instructiemiddel'.[69] Deze discussie is uiteindelijk beslecht door de Hoge Raad, die in het arrest *Staat der Nederlanden/Stichting Natuur en Milieu e.a.*[70] heeft toegestaan dat de rechter een deskundigenbericht inwint ter opheldering van zuivere rechtsvragen.

> Aan de orde was een zaak tussen de Stichting Natuur en Milieu en anderen tegen de Staat. Een van de strijdpunten betrof het wettelijke begrip 'indijking'. Er bestond onduidelijkheid over dit begrip, aangezien het in een wat oudere wet stond (uit 1904) en de betekenis van technische aard was. De lagere rechter had daarom een deskundigenbericht bevolen om de betekenis van dit begrip uit te leggen. Tegen dat oordeel stelde de Staat beroep in cassatie in, en voerde daartoe aan dat de rechter verplicht was de rechtsgronden aan te vullen en daarover geen deskundigenbericht mocht bevelen.

---

63 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269, *Jur.* 1999, p. I-3079, *NJ* 2000/339, m.nt. H.J. Snijders bij *NJ* 2000/340 (*Eco Swiss/Benetton*).

64 Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, New York, 10 juni 1958, *Trb.* 1958, 145.

65 HR 21 maart 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA4945, *NJ* 1998/207, m.nt. H.J. Snijders, r.o. 4.2.-4.6.

66 HR 16 januari 2009, *NJ* 2009/54 (*Gemeente Heerlen/Whizz Croissanterie*).

67 Uitdrukking ontleend aan Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 92, die het overigens toepaste in het kader van buitenlands recht.

68 Zoals blijkt uit de noot van J.B.M. Vranken bij HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/1, onder punt 1, en de conclusie van A-G Mok bij dat arrest, punt 2.2. Brunner was van mening dat het als onwenselijk moet worden beschouwd om aan deskundigen juridische vraagpunten voor te leggen (vooral niet aan deskundigen in een bindend advies), zie zijn noot bij HR 7 mei 1982, *NJ* 1983/493.

69 Conclusie A-G Mok bij HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/1, onder punt 2.2.

70 HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/1, m.nt. JBMV (*Staat der Nederlanden/Stichting Natuur en Milieu e.a.*).

De Hoge Raad oordeelde, ten eerste, dat in casu niet van een juridisch, maar van een technisch begrip sprake was. Dat onderscheid was overigens niet van belang. Zelfs wanneer het wel een juridisch strijdpunt betrof, was de lagere rechter niet van een onjuiste rechtsopvatting uitgegaan (rov. 3):

> 'Al ware zulks anders dan zou die opdracht trouwens evenmin blijk geven van een onjuiste rechtsopvatting: het staat de rechter vrij zich ook omtrent zuiver juridische vragen door deskundigen te doen voorlichten'.

Vanuit het oogpunt van het 'recht-feit'-onderscheid zou men kunnen stellen dat de Hoge Raad met dit oordeel aan het eigen recht een feitelijk 'tintje' heeft gegeven. Het is de vraag of, en zo ja, in hoeverre er grenzen aan een dergelijke bevoegdheid gesteld zouden moeten worden.

2.2.4 Rechtsmiddelen: appel en cassatie

46 Appel

Het rechtsmiddel van appel staat open tegen vonnissen of beschikkingen van de rechtbank. Er worden twee functies van het appel worden onderscheiden, namelijk de 'controlefunctie' en de 'herkansingsfunctie'.[71] De controlefunctie houdt in dat het lagere oordeel, zowel ten aanzien van het feiten als het recht, op juistheid getoetst wordt. De herkansingsfunctie houdt in dat hoger beroep ook kan worden ingesteld om eerder gemaakte fouten of vergissingen te herstellen.[72] Overigens maken Snijders en Wendels een andere indeling, waarbij ze onder controlefunctie ook de herkansingsfunctie laten vallen. De tweede functie die zij noemen is de functie als 'voorsluis' voor de cassatie, waarbij de appelrechter de afgeleide taak vervult de rechtseenheid, rechtsontwikkeling en rechtsbescherming te bewaken.[73]

Het appel in het Nederlandse burgerlijk proces heeft een zogenaamde devolutieve werking: *tantum devolutum, quantum appellatum*. Het hele geschil wordt in beginsel afgewenteld op de hogere instantie. In Nederland wordt de omvang van de rechtsstrijd in hoger beroep in beginsel bepaald door het grievenstelsel, hetgeen als de 'voornaamste tegenspeler'[74] van de devolutieve werking kan worden beschouwd. Dit stelsel houdt in dat de appelrechter de aangevochten beslissing van de lagere rechter enkel kan aantasten, voor zover daartegen een grief is aangevoerd. Buiten het door de grieven omsloten gebied kan de appelrechter niet treden, tenzij één van de uitzonderingen zich voordoet.[75]

Volgens Tjittes & Asser zijn er drie uitzonderingen op deze regel. De eerste uitzondering op het grievenstelsel is de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, hetgeen hierboven al aan de orde is gekomen.[76] Het beginsel *iura novit curia* geldt

---

71 R.P.J.L. Tjittes & W.D.H. Asser, *Rechtsmiddelen*, Deventer: Kluwer 2007, p. 20-21.
72 Vgl. ook HR 1 maart 2002, *NJ* 2003/355, m.nt. HJS, r.o. 4.2.
73 Snijders & Wendels 2009, p. 6-10.
74 Snijders & Wendels 2009, p. 10.
75 Tjittes & Asser, *Rechtsmiddelen* 2007, p. 36-41.
76 Tjittes & Asser, *Rechtsmiddelen* 2007, p. 37.

derhalve ook in hoger beroep, maar enkel binnen het door de grieven ontsloten gebied. Indien de appelrechter een grief tegen het oordeel van de lagere rechter gegrond bevindt, dient de rechter de vordering, het verzoek of het verweer van de betreffende appellant opnieuw te beoordelen, met aanvulling van de rechtsgronden.

De tweede uitzondering op het grievenstelsel wordt gevormd door de (processuele) openbare orde, welk begrip, eveneens als de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, in het bovenstaande al aan de orde is gekomen.[77] In het geval dat regels van openbare orde in het geding zijn, dient te appelrechter ook buiten de grieven om over te gaan tot vernietiging van het vonnis van de lagere rechter. In zoverre kunnen partijen het geschil in hoger beroep niet beperken.

De derde en laatste uitzondering op het grievenstelsel is de devolutieve werking van het appel, dat een positieve zijde en een negatieve zijde kent.[78] Zoals in het voorgaande reeds aangegeven, wordt naar Nederlands procesrecht het geschil afgewenteld op de appelrechter. Dit houdt in dat de appelrechter die een grief gegrond bevindt, de zaak opnieuw heeft te beoordelen en deze niet kan terugverwijzen naar de lagere rechter. Bij die vernieuwde beoordeling in hoger beroep dient de appelrechter ook de stellingen van de wederpartij opnieuw te beoordelen, ook als het subsidiaire stellingen zijn die de lagere rechter niet heeft beoordeeld. De negatieve zijde houdt in dat de appelrechter de zaak na gegrondbevinding van de grief niet mag terugverwijzen.[79]

47 Cassatie

Het instituut van de cassatie is afgeleid van het Franse instituut van de *cassation*.[80] De taak van de Hoge Raad als cassatierechter is om, naast het bieden van rechtsbescherming, de rechtseenheid en rechtsontwikkeling te bewaken.[81] Dit valt ook af te leiden uit art. 81 RO, waarin wordt bepaald dat de Hoge Raad een beperkte motiveringsplicht heeft indien de aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

De cassatietoetsing strekt zich enkel uit tot de toepassing van het recht en niet tot feitelijke beslissingen. De gronden voor cassatie staan opgesomd in art. 79 RO:

> '1. De Hoge Raad vernietigt handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen:
> a. wegens verzuim van vormen voorzover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm;
> b. wegens schending van het recht met uitzondering van het recht van vreemde staten.'

Opmerking verdient dat de eerste grond, verzuim van vormen, gebaseerd is op het motiveringsbeginsel; overige vormen waarvan de niet-inachtneming uitdrukkelijk

77 Tjittes & Asser, *Rechtsmiddelen* 2007, p. 36-37.
78 Tjittes & Asser, *Rechtsmiddelen* 2007, p. 37-41.
79 Tjittes & Asser, *Rechtsmiddelen* 2007, p. 38.
80 Zie Stein/Rueb, *Compendium* 2015, p. 292.
81 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 270.

met nietigheid wordt gesanctioneerd zijn aan te merken als een schending van het (proces)recht en vallen dus onder 79 lid 1 onder b RO.[82]

Bij de toepassing van beide cassatiegronden dient een onderscheid te worden gemaakt tussen rechtsbeslissingen, feitelijke beslissingen en gemengde beslissingen.[83] Zo kunnen rechtsbeslissingen, waarbij de inhoud of betekenis van een rechtsregel nader wordt bepaald, enkel worden aangetast op grond van een schending van het recht en niet op grond van verzuim van vormen. Daarentegen kan tegen een feitelijke beslissing alleen maar worden opgekomen met een motiveringsklacht en niet met een rechtsklacht. Een gemengde beslissing is gesitueerd tussen een rechtsbeslissing aan de ene kant en een feitelijke beslissing aan de andere kant. Een dergelijke situatie doet zich voor indien een vage norm ingevuld dient te worden met een bepaald feitencomplex, zoals bij het begrip "redelijkheid en billijkheid" uit art. 6:2 BW.[84] Indien een gemengde beslissing niet kan worden vernietigd op grond van schending van het recht, kan zij wel met motiveringsklachten worden bestreden.

Het gewoonterecht is ook recht in de zin van art. 79 RO, zij het dat voor de schending van een gewoonterechtelijke regel wel een bijzondere bepaling is opgenomen in het tweede lid van art. 79 RO. Dat artikellid bepaalt dat feiten waaruit het (niet) gelden van een gewoonterechtelijke regel kan worden afgeleid, voor zover zij bewijs behoeven, alleen op grond van de bestreden beslissing als vaststaand worden aangenomen. De Hoge Raad behoeft aldus geen onderzoek in te stellen naar de feiten die de gewoonterechtelijke regel constitueren.[85]

Cassatie kent een middelenstelsel. De Hoge Raad is in civiele zaken dus niet bevoegd tot ambtshalve cassatie.[86] Enkel voorzover een partij een cassatiemiddel heeft aangevoerd tegen het oordeel van de lagere rechter kan de Hoge Raad overgaan tot cassatie (art. 419 lid 1 Rv), en dan dient het middel nog een grondslag te vinden in de bestreden uitspraak en de overige processtukken (art. 419 lid 2 Rv).

48 Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad

Voorts is er de mogelijkheid om aan de Hoge Raad prejudiciële vragen te stellen ex art. 392 Rv. Deze voorziening is in het leven geroepen met de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad, welke op 1 juli 2012 in werking trad.[87] De wet is beperkt tot de civiele kamers van de gerechten. Lagere rechters kunnen aan de Hoge Raad rechtsvragen voorleggen voordat zij zelf uitspraak in de zaak doen. De ratio van een

82 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 273.
83 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 273-274.
84 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 273.
85 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 273.
86 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 275.
87 Wet van 9 februari 2012 tot wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Wet op de rechterlijke organisatie in verband met de invoering van de mogelijkheid tot het stellen van prejudiële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad (Wet prejudiciële vragen Hoge Raad), *Stb.* 2012, 65. Voor de inwerkingtreding, zie Besluit van 18 april 2012 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet prejudiciële vragen Hoge aan de Raad, *Stb.* 2012, 166.

dergelijke regeling is dat op deze manier wordt voorkomen dat partijen in het geval van een maatschappelijk relevante rechtsvraag moeten doorprocederen tot in cassatie. Langs de weg van de prejudiciële vragen kunnen dergelijke vragen al in een vroeg stadium worden beantwoord.

2.3 De toepassing van conflicten- en buitenlands recht: taakverdeling

2.3.1 Algemeen; historische ontwikkelingen

49 Art. 10:2 BW

Het is een hoofdregel van Nederlands internationaal privaatrecht dat conflicten- en buitenlands recht ambtshalve moeten worden toegepast. Deze leer is momenteel neergelegd in het op 1 januari 2012 in werking getreden Boek 10 van het BW. Het daarin opgenomen art. 10:2 BW luidt:

> 'De regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht worden ambtshalve toegepast.'

Deze bepaling was, zij het in iets andere bewoordingen, ook al voorgesteld in art. 2 van het Rapport van de Staatscommissie inzake een Wet Algemene Bepalingen IPR.[88] Het voorstel van de Staatscommissie IPR, dat in een rapport uit 2002 is gedaan, is daarmee dus grotendeels overgenomen.[89]

50 Historische achtergrond

Het is echter onjuist om te denken dat met art. 10:2 BW een novum is geïntroduceerd. Het voorschrift is slechts bedoeld om een reeds bestaande, maar ongeschreven, regel te codificeren en zo meer duidelijkheid te creëren voor degene die het ipr moet toepassen.[90] Tot aan de inwerkingtreding van deze bepaling was de rechter namelijk al verplicht om conflicten- en vreemd recht ambtshalve toe te passen op de voet van de algemene regel van art. 25 Rv. Dit was reeds lange tijd vaste rechtspraak van de Hoge Raad, die, zo wordt althans aangenomen,[91] teruggaat tot het in 1915 gewezen arrest *Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*.[92]

> In deze zaak ging het om een in Duitsland getrokken wissel, waarvan de geldigheid ter sprake was gekomen. De conflictregel van art. 10 Wet Algemene Bepalingen schreef voor, dat de formele geldigheid van handelingen wordt beheerst door de wet van de plaats waar de handeling is

88 Dit voorgestelde art. 2 van het *Rapport Algemene Bepalingen* luidde: 'De rechter past regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve toe.'

89 *Kamerstukken II*, 2009-10, 32 137, nr. 3, p. 8 (MvT).

90 *Kamerstukken II*, 2009-10, 32 137, nr. 3, p. 8 (MvT) en Vonken, in: *T&C BW*, art. 10:2, aant. 1.

91 Zie bijvoorbeeld de conclusie van A-G Vlas bij HR 6 april 2012, *NJ* 2013/235, m.nt. ThMdB, ECLI:NL:PHR:2012:BV1522, onder 2.31; Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 34, en Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 164.

92 HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865.

> verricht (*locus regit actum*). Het hof had art. 10 Wet AB, met inbegrip van het daardoor aangewezen Duitse recht, niet toegepast, maar had in plaats daarvan de wissel beoordeeld naar Nederlands recht. Nadat Ehlers & Loewenthal daarover eerst in cassatie had geklaagd, kwam de vraag op of het hier een novum in cassatie betrof. De Hoge Raad oordeelde echter dat van een nieuwe feitelijke stelling in cassatie geen sprake was. Ehlers & Loewental had terecht geklaagd over de niet-toepassing van Duits recht, aangezien art. 10 Wet AB gebiedend voorschreef dat de wetten van het land of de plaats waar de handelingen zijn verricht van toepassing zijn en '(…) de Rechter ambtshalve te onderzoeken heeft of de in het buitenland getrokken wissel over welks betaling dit rechtsgeding handelt, naar de wetten van dat land inderdaad een wissel is (…)'.[93]

Het oordeel van de Hoge Raad in deze zaak kwam erop neer dat de lagere rechter art. 10 AB had geschonden door niet het recht toe te passen dat door die bepaling werd aangewezen. Daarmee was ook een Nederlandse wetsbepaling geschonden en kon het arrest van het Hof op die grond worden gecasseerd.[94]

51 Rechtspraak nadien

De verplichting tot ambtshalve toepassing is bevestigd of, zo men wil, vervolledigd in de uitspraak *Benima/Rohner* uit 1927.[95] In deze zaak ging het om een koopovereenkomst tussen een in Zwitserland gevestigde vennootschap als verkoper en een Nederlandse koper. Het Hof Amsterdam honoreerde het verweer dat Zwitsers recht van toepassing was, ook al werd dit verweer eerst opgeworpen bij pleidooi in hoger beroep. Dit kon volgens de Hoge Raad echter niet als een ontoelaatbaar feitelijk novum worden gezien, omdat het recht van een vreemde staat een rechtsgrond voor de beslissing van de rechter is, die desnoods ambtshalve moet worden aangevuld. Daarbij maakte het volgens de Raad niet uit of die rechtsgrond in een wet was neergelegd. Ook de status van de verwijzingsregel werd daarbij herbevestigd.

Tot slot heeft Hoge Raad de nieuwe leer bevestigd in *Zwitsers Kind I*.[96] Daarin ging het om een vordering tot betaling van alimentatie, ingesteld door een in Nederland woonachtige bewindvoerder van een in Zwitserland uit een Zwitserse vrouw geboren kind tegen de (Duitse) verwekker van dat buitenechtelijke kind. In appel had het Hof de vordering beoordeeld naar Nederlands recht, omdat '(…) de dagvaarding geheel op Nederlandsch recht is gebaseerd en tot strekking heeft een geheel nieuwe verhouding in het leven te roepen naar Nederlandsch recht (…)', en daarmee het Zwitserse recht terzijde zou hebben gesteld. Het Hof had de vordering om die reden niet-ontvankelijk verklaard. De Hoge Raad oordeelde echter dat slechts dan niet-ontvankelijkheid had moeten volgen, indien:

> '(…) de gestelde feiten naar Zwitsersch recht het gevorderde niet wettigen, terwijl, indien zulks wel het geval ware, het Hof de niet door de eischeres aangevoerde rechtsgronden ambtshalve had behooren aan te vullen; (…)'

93 HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865, op p. 870.

94 Tot 1963 kon cassatie immers slechts plaatsvinden op grond van schending van de wet. Zie L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019/10.

95 HR 8 april 1927, *NJ* 1927, p. 1110, m.nt. PS.

96 HR 20 maart 1931, *NJ* 1931, p. 890, m.nt. PS.

Wederom werd door de Hoge Raad geoordeeld dat conflicten- en buitenlands recht ambtshalve moeten worden aangevuld.

52 'Omslagpunt'?

Sinds deze trits arresten is het de heersende leer dat zowel verwijzingsregels als regels van buitenlands recht ambtshalve door de rechter moeten worden toegepast.[97] Er bestaat in de literatuur echter discussie over de vraag wanneer de 'omslag' daadwerkelijk plaatsvond – in 1915 of in 1927 – en of aanvankelijk nog een onderscheid werd gemaakt tussen conflictregels en regels van vreemd recht.[98] Sommigen zien in de nadruk die de Hoge Raad in *Ehlers & Loewenthal* legde op het dwingende karakter van art. 10 AB voornamelijk een bevestiging van de opvatting dat het ging om de toepassing van de *geschreven* conflictregel, en niet zozeer om de kwalificatie als "rechtsgrond" in de zin van art. 48 Rv(oud).[99] Anderen brengen het in dat arrest genoemde art. 10 Wet AB in verband met art. 48 Rv(oud) en abstraheren van de specifieke vraag naar de formele geldigheid door te concluderen dat een algemene plicht tot ambtshalve toepassing is opgelegd.[100] Ook wordt de vraag wel opgeworpen of het in 1915 slechts ging om de conflictregel, of dat ook de ambtshalve toepassing van buitenlands recht werd beoogd, aangezien in die periode niet scherp werd onderscheiden tussen de *toepasselijkheid* en de daadwerkelijke *toepassing* van vreemd recht.[101] Verdedigd wordt dat het in het arrest van 1927 slechts ging om de *ongeschreven* conflictregel, aangezien de Hoge Raad daar sprak van een 'niet in een wettelijk voorschrift neergelegde' rechtsgrond en de conflictregel in casu ongeschreven was.[102]

De conclusie is dat met het samenspel van deze arresten in ieder geval in 1927 of 1931 de (volledige) leer is komen vast te staan dat (geschreven én ongeschreven) verwijzingsregels en vreemd recht als rechtsgronden in de zin van art. 48 Rv(oud)[103] gezien moeten worden en als zodanig desnoods ambtshalve moeten worden aangevuld. Hoewel de literatuur voornamelijk 1915 als omslagpunt lijkt aan te nemen,[104] is 1927 eveneens verdedigbaar als het jaartal van het "omgaan" van de Hoge

97 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 36.

98 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 36; Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 48.

99 Zie A.C.J. Mulder, *Inleiding tot het Nederlandsch Internationaal Privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint – D. Brouwer en Zoon 1947, p. 241; Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 34; en, zij het niet zozeer met nadruk op het geschreven karakter van de conflictregel, Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 164-165. Zie voor de discussie over dwingende versus aanvullende conflictregels ook Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 35-47.

100 Zie bijvoorbeeld de noot van Scholten bij HR 8 april 1927, *NJ* 1927, p. 1110.

101 Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 48; Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 36.

102 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 36; Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 48. Anders blijkbaar: Asser/Vonken *10-I* 2018/396.

103 Momenteel art. 25 Rv.

104 Zie onder meer Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 164; P. Vlas, *IPR en BW. Monografieën BW. A27*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 55; W.L.G. Lemaire, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (Hoofdlijnen)*, Leiden: Sijthoff 1968, p. 11; J. Kosters & C.W. Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Haarlem: Erven Bohn 1962, p. 731; J. Kosters, *Het Internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem: Erven Bohn 1917, p. 117.

Raad. Het is zuiverder om te stellen dat het arrest van 1915 als *effect* heeft gehad dat conflicten- en vreemd recht ambtshalve moet worden toegepast, maar dat de ambtshalve toepassing van die regels pas in het arrest van 1927 als *principe* is aanvaard en dit laatste mede voor het vreemde recht in het arrest van 1931 is bevestigd.

In de periode vóór het "omgaan" van de Hoge Raad in 1915 of 1927 werd buitenlands recht niet gezien als een rechtsgrond in de zin van art. 48 Rv(oud), maar als een feit dat door partijen moest worden bewezen. Zo had het – destijds nog bestaande – Provinciale Gerechtshof Noord-Holland in een zaak uit 1846[105] geoordeeld dat het recht van de Duitse regio Oost-Friesland inzake minderjarigheid een te bewijzen feit betrof. Dit oordeel werd door de Hoge Raad in stand gelaten.[106]

53 Conclusie

Hoewel de ambtshalve toepassing van zowel verwijzingsregels als buitenlands recht dus al decennialang sterk is verankerd in het Nederlandse recht, werd het niettemin noodzakelijk geacht om deze leer alsnog in de wet te verankeren. De inwerkingtreding van Boek 10 BW is daarbij aangegrepen om deze codificatie mogelijk te maken. Ook al heeft men daarmee geen wijziging in de heersende leer teweeg willen brengen, dit neemt niet weg dat art. 10:2 BW wel een aantal vragen kan oproepen die de wetgever destijds niet heeft voorzien. Daarover zal in de navolgende paragrafen meer worden gezegd.

2.3.2 De toepassing van de conflictregel

2.3.2.1 Hoofdregel

54 Ambtshalve toepassing en afwijzing van facultatief conflictenrecht

Zoals in het voorgaande reeds is besproken, moet de rechter de regels van conflictenrecht uit eigen beweging toepassen en is het dus niet nodig dat partijen zelf een beroep op die regels doen. Dit is een regel die in ieder geval sinds 1927 werd gebaseerd op art. 25 Rv en diens voorganger art. 48 Rv(oud). De toepassing van de conflictregel is namelijk een rechtsgrond, en moet als zodanig ambtshalve worden aangevuld. Sinds de inwerkintreding van Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek 2012 is deze regel met zoveel woorden verankerd in art. 10:2 BW. Daarmee heeft het conflictenrecht – en het ipr in het algemeen – een eigen processueel regime gekregen.

De invoering van art. 10:2 BW betekent dat de wetgever de leer van het facultatieve conflictenrecht definitief heeft verworpen. Deze leer houdt in dat de vraag naar het toepasselijke recht alleen maar opkomt wanneer de partijen in het proces zich daar specifiek over uitlaten.[107] In de doctrine wordt deze leer al

105 Provinciaal Gerechtshof Noord-Holland 29 oktober 1846, *W.* 784.
106 HR 9 april 1847, *W.* 800.
107 Zie Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II,* 2009-10, 32 137, nr. 3, p. 8-9.

gedurende langere tijd afgewezen.[108] Zij is in Nederland vooral verdedigd door De Boer,[109] maar recent hebben ook andere auteurs zich geen tegenstander van deze leer (meer) betoond. Hoewel deze laatste auteurs het facultatief ipr als systeem misschien niet voorstaan, onderkennen zij wel dat het bepaalde voordelen kent.[110] In het voordeel van het facultatief conflictenrecht wordt veelal aangedragen dat die leer een kwalitatief betere rechtsbedeling en meer procesefficiëntie zal opleveren. Het onderzoek naar de exacte inhoud en strekking van het vreemde recht wordt in die opvatting zodanig geproblematiseerd, dat het partijen moet worden vergund zich aan de toepassing ervan te onttrekken.[111]

Tegen het facultatief conflictenrecht is een aantal argumenten aangedragen.[112] Samengevat komen deze argumenten erop neer dat partijen vaak het conflictenrechtelijk aspect over het hoofd zien, hetgeen vooral problematisch is bij functionele conflictregels die een zwakkere partij beogen te beschermen. Voorts zouden de kosten voor partijen toenemen omdat zij zich in het vreemde recht moeten verdiepen voordat zij het kunnen inroepen en zou de kwaliteit van de rechtsbedeling daarmee dus afnemen. Ook zouden de bevoegdheidsregels niet zijn toegesneden op een facultatief conflictenrecht. Tot slot zou miskend worden dat vreemd recht eveneens recht is en, als een gevolg daarvan, zou er strijd met de regel van art. 25 Rv ontstaan.

55 Art. 10:56 BW: facultatief element?

Hoewel het facultatief conflictenrecht als zodanig is verworpen, lijkt er wel een uitzondering te bestaan in de vorm van art. 10:56 BW. Deze bepaling ziet op het toepasselijke recht op de echtscheiding en verklaart, in tegenstelling tot diens voorganger art. 1 WCE, primair het Nederlandse recht van toepassing.[113] De partij die zulks niet wenst kan een rechtskeuze uitbrengen voor het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit. Deze rechtskeuze kan ofwel door beide partijen

108 Zie, o.a., Asser/Vonken *10-I* 2018/400-401; Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/24; Strikwerda, *NJB* 1997, p. 1970-1971; Mostermans, in: *Voorkeur voor de lex fori* 2004, p. 37-57; Mostermans, *NILR* 2004, p. 393-410.

109 Zie voornamelijk zijn lezing voor de Haagse Academie voor Internationaal Recht (De Boer, *RCADI* 1996, p. 223-427) en zijn afscheidscollege (De Boer, in: *Voorkeur voor de lex fori* 2004, p. 199-262).

110 Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 232-253, i.h.b. p. 252-253: 'Al met al ben ik van mening dat een facultatief conflictenrecht een interessant alternatief kan zijn voor de huidige methode waarbij wordt uitgegaan van een ambtshalve toepassing van het conflictenrecht door de rechter.'

111 Zie Asser/Vonken *10-I* 2018/400.

112 Zie voor een overzicht van deze argumenten, o.a. Asser/Vonken *10-I* 2018/401; Mostermans, in: *Voorkeur voor de lex fori* 2004, p. 44; P.M.M. Mostermans, 'Optional (Facultative) Choice of Law? Reflections From a Dutch Perspective', *NILR* 2004, afl. 3, p. 393-410, op p. 400-401; Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 248-251; De Boer, *RCADI* 1996, p. 340-385; Strikwerda, *NJB* 1997, p. 1970-1971. Zie ook H.U. Jessurun d'Oliveira, *De ruïne van een paradigma: de konfliktregel* (oratie UvA), Deventer: Kluwer 1976, p. 23-24.

113 Onder art. 1 lid 4 WCE was het systeem 'omgedraaid': het toepasselijke recht was in beginsel dat van de gemeenschappelijke nationaliteit van de echtgenoten. Het was echter mogelijk dat ofwel door beide partijen een gezamenlijke rechtskeuze, ofwel door één partij een onweersproken gebleven rechtskeuze voor Nederlands recht werd uitgebracht.

gezamenlijk worden gemaakt, ofwel een eenzijdige, maar onweersproken, rechtskeuze betreffen, ofwel een eenzijdige – blijkbaar weersproken – rechtskeuze zijn ingeval beide echtgenoten een werkelijke maatschappelijke band met het land van de gemeenschappelijke nationaliteit hebben.[114] Dit laatste element heeft sommige schrijvers ertoe gebracht te concluderen dat er een element van facultatief conflictenrecht in het Nederlandse ipr is geslopen.[115]

Ook onder het oude recht is al betoogd dat het vanuit theoretisch oogpunt onzuiver is om in dit verband van 'facultatief conflictenrecht' te spreken. Zo heeft De Boer reeds gewezen op de verschillen tussen enerzijds art. 1 lid 4 WCE en het facultatief conflictenrecht.[116] Het eerste verschil bestaat er volgens hem uit dat het bij voornoemde bepaling om een specifieke conflictregel gaat; het is geen '*regular procedural instrument*'.[117] Ten tweede zou het doel van de regeling volgens hem zijn om echtscheiding te bevorderen en zo uitvoering te geven aan de idee van de *favor divortii*. Ten slotte, zo vervolgt De Boer, is een uitdrukkelijke verklaring van een der partijen vereist om Nederlands recht van toepassing te laten zijn.[118]

Onder het huidige recht gaan deze argumenten niet allemaal meer op. Zo hoeven partijen niet meer uitdrukkelijk het Nederlandse recht toepasselijk te verklaren, aangezien dat recht de echtscheiding objectief gezien al beheerst, hetgeen een sterkere gelijkenis vertoont met de idee van een facultatief conflictenrecht. Ook het tweede argument – de *favor divortii* – lijkt niet meer overtuigend, aangezien de wetgever eerder uit praktische overwegingen de voorkeur voor de lex fori heeft gegeven en niet zozeer wegens de *favor divortii*.[119] Het eerste argument is daarentegen nog steeds van toepassing: de regel van art. 10:56 BW ziet, net als art. 1 lid 4 WCE, voornamelijk op de manier waarop partijen een conflictenrechtelijke rechtskeuze kunnen uitbrengen.

Weliswaar vertoont art. 10:56 BW qua effect veel gelijkenis met het facultatief ipr, maar dit neemt niet weg dat er een belangrijk theoretisch verschil is, namelijk dat in het eerste geval van een conflictenrechtelijk instituut en niet van een procesrechtelijk leerstuk sprake is. Wanneer de rechter ex art. 10:56 lid 1 BW Nederlands recht toepasselijk verklaart, past hij feitelijk al een conflictregel toe, ook al verwijst deze conflictregel in beginsel naar Nederlands recht. Het processuele karakter ervan blijft onaangetast. Indien het werkelijk om een regel van facultatief ipr had gegaan, had de wetgever in lid 1 van die bepaling eenvoudigweg kunnen aanknopen bij de lex causae, om vervolgens in lid 2 de rechter voor te schrijven het eerste lid niet ambtshalve toe te passen. Deze weg heeft de wetgever echter niet gevolgd.

---

114 De aanwezigheid van deze 'werkelijke maatschappelijke band' moet volgens Vonken ambtshalve door de rechter worden nagegaan, zie Asser/Vonken *10-II* 2016/170.

115 Zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/173.

116 De Boer, *RCADI* 1996, p. 412-413.

117 De Boer, *RCADI* 1996, p. 412.

118 De Boer, *RCADI* 1996, p. 412-413.

119 *Kamerstukken II 2009-10*, 32 137, nr. 3, p. 44 (MvT).

2.3.2.2 Uitzonderingen?

56 Antikiesregel

De rechter heeft, zoals gezegd, de plicht om ambtshalve de conflictregel toe te passen. Desondanks bestaan er enkele uitzonderingen op deze ogenschijnlijk duidelijke regel. Een algemeen geaccepteerde uitzondering is die van de zogenaamde 'antikiesregel', zoals dit leerstuk door Jessurun d'Oliveira is genoemd.[120] Deze regel houdt in dat de rechter het toepasselijke recht niet hoeft te bepalen wanneer beide voor toepassing in aanmerking komende rechtsstelsels materieel gezien tot dezelfde resultaten leiden. In dat geval is er van een werkelijk "rechtsconflict" geen sprake, zodat er ook geen keuze tussen de in aanmerking komende rechtsstelsels gemaakt hoeft te worden. Het is de vraag wat de waarde van de antikiesregel is voor de huidige stand van het ipr. Lemaire[121] stelde immers al dat de antikiesregel 'zuiver juridisch' gesproken geen probleem is en dat deze regel slechts nut kan hebben voor zover de toe te passen conflictregel onzeker is.[122] Met het proces van codificatie en unificatie dat zich de afgelopen decennia heeft voorgedaan, lijkt de noodzaak van een dergelijk mechanisme langzaam maar zeker te vervallen.

57 Excepties

Het is een andere vraag of naast de verwijzingsregels ook de zogenaamde excepties of correctiemechanismen ambtshalve moeten worden toegepast. In het Nederlandse ipr betreft dit de openbare orde-exceptie (art. 10:6 BW), de algemene exceptieclausule (art. 10:8 BW) en de fait accompli-exceptie (art. 10:9 BW), naast de bijzondere excepties in Europese en internationale instrumenten.[123] Daarnaast is er nog het zogenaamde Lizardi-correctief, op grond waarvan de bonafide wederpartij van een minderjarige wordt beschermd tegen een beroep op de handelingsonbekwaamheid van de laatste.[124] Aangenomen wordt dat de rechter ook de plicht heeft om deze mechanismen uit eigen beweging toe te passen.[125] Dit zal minder problematisch zijn in het geval van de internationale openbare orde, aangezien in dat geval de inhoud dan wel de strekking van het vreemde recht de meest fundamentele beginselen van de eigen rechtsorde schaadt. Het inherent fundamentele karakter van de openbare orde en de bekendheid met het eigen recht zal de rechter in staat stellen relatief eenvoudig een dergelijke strijd vast te stellen, zonder al te veel afhankelijk te zijn van het partijdebat.

Het is echter de vraag hoe dit zit met twee excepties, namelijk die van art. 10:8 respectievelijk 10:9 BW. In het eerste geval betreft het een geval waarin de band met

---

120 Zie algemeen, Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971.

121 Lemaire, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 1968, p. 13, noot 19.

122 Het Nederlandse ipr heeft immers lange tijd uit grotendeels ongeschreven normen bestaat, zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/10.

123 Zoals art. 4 lid 3 Rome I.

124 Voorheen een ongeschreven exceptie, maar tegenwoordig geregeld in art. 10:11 lid 2 BW jo. art. 13 Rome I.

125 Zie Asser/Vonken *10-I* 2018/395, die overigens art. 10:9 BW in dit verband niet noemt.

het toepasselijke recht, 'gelet op alle omstandigheden van het geval', minder nauw is dan de conflictregel doet vermoeden, terwijl er met een ander recht wel een nauwere band bestaat. Dit veronderstelt dat de rechter kan afgaan op een gedetailleerd feitencomplex dat in de procedure is vast komen te staan en dat, met andere woorden, dus onbetwist is. Bij een procedure die niet op tegenspraak is – zoals bij verstek of ex parte – kan de toepassing van een dergelijke exceptie lastig zijn.[126] Hoewel een dergelijke exceptie dus wel ambtshalve toegepast kan worden, zullen partijen via hun feitelijke stellingen veel invloed op de toepassing ervan kunnen uitoefenen.

Ook in het geval van art. 10:9 BW is de rechter afhankelijk van partijstellingen, misschien zelfs nog wel meer dan bij de algemene exceptie-clausule. Bij de toepassing van de *fait accompli*-exceptie gaat het om drie vereisten:[127] een 'betrokken' vreemde staat waavan het ipr aanknoopt bij een ander recht dan dat is aangewezen door de conflictregel, een 'gerechtvaardigd vertrouwen' bij partijen dat dat recht wordt toegepast en een 'onaanvaardbare schending' wanneer de door dat recht verleende rechten niet worden toegekend. In alle drie gevallen moet er een gedetailleerd feitencomplex aanwezig zijn, wil de rechter, zonder een beroep van partijen daarop, tot de ambtshalve toepassing ervan komen. Gezien het uitzonderlijke karakter en de sterke nadruk op het partijbelang lijkt er meer voor te zeggen om in ieder geval art. 10:9 BW te behandelen als een 'rechtsmiddel' in processuele zin.[128] Een vergelijkbare redenering kan worden gevolgd bij de Lizardi-regel; ook daar betreft het voornamelijk een verweermiddel van een wederpartij die met een beroep op haar goede trouw aan de gevolgen van de toepassing van een door het conflictenrecht aangewezen vreemd recht probeert te ontkomen.

2.3.2.3 Partijdispositie versus processuele rechtskeuze

58 Drie situaties

Bij de toepassing van de conflictregel – dan wel de vraag naar de toepasselijkheid van het vreemde recht[129] – kunnen drie situaties worden onderscheiden. In het

126 Vgl. Th.M. de Boer, 'Feit en fictie in het internationaal privaatrecht. Over de vaststelling van onweersproken feiten in i.p.r.-procedures', in: D.H. Beukenhorst e.a., *Offerhauskring vijfentwintig jaar. Feestbundel ter gelegenheid van het vijfentwintigjarig bestaan van de Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer: Kluwer 1987, p. 23-39, i.h.b. p. 29-37.

127 Ontleend aan M.H. ten Wolde, 'De mysteries van het fait accompli en Boek 10 BW', *NIPR* 2010, p. 430-436, i.h.b. p. 431-432.

128 Zie daarvoor paragraaf 2.2.3.

129 De toepasselijkheid van vreemd recht zal vaak afhankelijk zijn van de toepassing van de conflictregel. Niettemin is er wel een verschil aanwezig, omdat ook buiten het conflictenrecht om het vreemde recht toepasselijk kan zijn. Dit betreft bijvoorbeeld de situatie van de voorrangsregels, maar ook wanneer vreemd recht als '*datum*' van belang is. Ook bij de erkenning van vreemde vonnissen kan vreemd recht een rol spelen, hetgeen toch niet als een kwestie van conflictenrecht kan worden gezien. Een voorbeeld daarvan is HR 11 oktober 1996, *NJ* 1998/95, m.nt. Th.M. de Boer, *NIPR* 1997/117 (i.v.m. de oproeping van de verweerder; klacht verworpen wegens het bepaalde in art. 99 lid 1, aanhef en sub 2, RO).

eerste geval wordt ervan uitgegaan dat het vaststaande feitencomplex aanleiding geeft tot de conclusie dat een vreemd rechtsstelsel de rechtsverhouding beheerst. Het staat in die situatie bijvoorbeeld vast dat een overeenkomst een rechtskeuze bevat of dat partijen ten tijde van de huwelijkssluiting hun eerste huwelijksdomicilie in het buitenland hadden, en hebben de partijen zich daarover ook uitgelaten. In het tweede geval gaat het om de situatie waarin de vaststaande feiten weliswaar een grensoverschrijdend element hebben, maar dit geen expliciet onderdeel van de stellingen van de procespartijen is. Kort gezegd strekt de rechtsstrijd van partijen zich in dat geval niet uit over de internationale aspecten van het geschil, maar is deze slechts beperkt tot materiële elementen. In het derde en laatste geval gaat het om de situatie waarin de voor de rechtsaanwijzing relevante feiten (nog) niet vaststaan. Dan gaat het om de vraag of partijen bijvoorbeeld een vreemde nationaliteit hebben of waar de verkoper zijn gewone verblijfplaats heeft.

59 Openbare orde-karakter van conflictregels?

Interessant is de situatie waarin het internationale karakter van de zaak wel geïndiceerd is, maar de partijen zich er niet over hebben uitgelaten. Mogen de partijen besluiten dit buiten de rechtsstrijd in de zin van art. 24 Rv te plaatsen? De hoofdregel van Nederlands burgerlijk procesrecht is immers dat de rechter slechts die feiten aan zijn vonnis of beschikking ten grondslag mag leggen die uitdrukkelijk door partijen als zodanig zijn ingeroepen. Dit is slechts anders wanneer het gaat om kwesties die de zogenaamde openbare orde in processuele zin betreffen. In het laatste geval is ambtshalve optreden niet alleen toegestaan maar zelfs vereist. Kunnen conflictregels dan als dergelijke regels van openbare orde worden gezien? Deze vraag is door Mostermans ontkennend beantwoord.[130] Zij voert daartoe drie argumenten aan: aan partijen wordt vaak een rechtskeuzebevoegdheid toegekend, er ontbreekt een conflictenrechtelijke toets in het erkenningsrecht en tot slot dient de conflictregel voornamelijk individuele belangen en partijverwachtingen.[131]

Peters lijkt er in tegenstelling tot Mostermans wel vanuit te gaan dat conflictregels een openbare orde-karakter kunnen hebben, zelfs wanneer het gaat om aangelegenheden die *de lege fori* ter vrije bepaling van partijen staan.[132] In dit geval zou het volgens hem ofwel gaan om conflictregels die ook andere dan individuele belangen behartigen en dus meer dan een '*Ordnungfunktion*' hebben, ofwel om conflictregels die wel het partijbelang dienen, maar daaraan op maatschappelijke gronden een 'fundamenteel gewicht' toekennen.[133] Van de eerste soort lijkt Peters echter geen voorbeeld geven, terwijl hij bij de tweede soort vooral de artt. 6 en 8 Rome I op het oog lijkt te hebben.[134] In hoeverre deze opvatting van Peters kan worden onderschreven, zal in hoofdstuk 7

130 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 95 e.v.
131 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 96-101.
132 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 193.
133 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 193.
134 Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 193 jo. p. 237-244.

aan de orde komen; vooralsnog lijkt hij in zijn opvatting dat conflictregels van openbare orde kunnen zijn, althans voor wat betreft de stand van het Nederlandse recht, alleen te staan.[135]

Als conflictregels dus niet van openbare orde in processuele zin zijn, betekent dit dat de rechter in beginsel niet de bevoegdheid heeft om de grenzen van de rechtsstrijd tussen partijen te overschrijden.

Een ander punt betreft de fase waarin het mogelijke openbare orde-karakter van conflictregels een rol in de procedure kan spelen. Aangenomen wordt dat dit vraagstuk slechts in appel van belang is, terwijl in eerste aanleg het karakter van het conflictenrecht geen rol van betekenis zou spelen.[136] Immers, wanneer partijen over het toepasselijke recht zwijgen, betekent dit niet dat zij ook het conflictenrecht buiten toepassing willen laten. De rechter zal in dat geval niet buiten de grenzen van de rechtsstrijd treden wanneer het conflictenrecht ambtshalve wordt toegepast.[137] Ook in de situatie waarin beide partijen van hetzelfde recht uitgaan, zou de rechter, zelfs wanneer een dergelijke houding als een processuele rechtskeuze opgevat moet worden, de geldigheid van die keuze moeten toetsen aan het conflictenrecht.[138]

Deze overwegingen gaan er echter aan voorbij dat in de genoemde situaties de wil van partijen onduidelijk is. In hoeverre partijen iets binnen of buiten de rechtsstrijd laten is afhankelijk van de uitleg van hun stellingen; wanneer daarover enigerlei onduidelijkheid bestaat, staat het de rechter vrij om partijen daarover opheldering te vragen. De problemen ontstaan eerst dan, wanneer partijen desgevraagd aangeven de conflictenrechtelijke vraag buiten toepassing te laten. De rechter heeft dan weliswaar voldaan aan de vereisten van hoor en wederhoor, maar hebben partijen dan ook de benodigde processuele beschikkingsvrijheid? In paragraaf 2.2.3. is al de mogelijkheid besproken dat partijen bepalen dat zij de vordering volgens een bepaalde rechtsgrond beoordeeld willen zien en in dat opzicht de rechter kunnen binden.[139] Het is de vraag of partijen niet een vergelijkbare bevoegdheid toekomt wanneer het niet zozeer gaat om een materieelrechtelijke kwalificatie maar om een rechtsgrond van een ander rechtsstelsel dan het

135 Zie ook de herhaalde stelling van A-G Vlas dat conflictregels 'processueel niet van openbare orde' zijn in diens conclusies bij HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:394, (conclusie ECLI:NL:PHR:2015:2412), onder 2.3.; HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6684 (conclusie: ECLI:NL:PHR:2012:BV6684), onder 2.5. Idem interregionaal privaatrecht: HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1525 (conclusie ECLI:NL:PHR:2015:1525), onder 2.8. Iets voorzichtiger was A-G Strikwerda, wanneer hij stelde dat 'althans conflictregels op het terrein van het vermogensrecht', geen recht van openbare orde in processuele zin betreft, zie zijn conclusie bij HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0199, *NJ* 2001/431, m.nt. JMBV en ThMdB, onder 15.

136 Zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 95. Anders blijkbaar Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 165-167, die wel de situatie in eerste aanleg bespreekt.

137 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 95; Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 166.

138 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 166-167.

139 Bijvoorbeeld door te eisen dat de beoordeling van hun geschil plaatsvindt aan de hand van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad in plaats van wanprestatie.

eigenlijk toepasselijke.[140] Voorts kan de rechtskeuze in conflictenrechtelijke zin dogmatisch gezien als een ander concept worden beschouwd dan de partijdispositie in processuele zin.

Niettemin meent Mostermans dat bij ambtshalve toepassing van het conflictenrecht in eerste aanleg de grenzen van de rechtsstrijd niet overschreden kunnen worden, omdat de conflictenrechtelijk relevante feiten een andere rol zouden spelen dan de materieelrechtelijk relevante feiten.[141] De eerste zouden slechts het toepasselijke recht aanwijzen en dus niet de omvang van het geschil raken. Het is de vraag, in hoeverre de argumenten van Mostermans houdbaar zijn. Zij verklaren niet waarom het onderscheid tussen materieelrechtelijk en conflictenrechtelijk relevante feiten in appel niet wordt gemaakt, aangezien de partijen de conflictenrechtelijke vraag daar wel buiten de rechtsstrijd kunnen plaatsen. Met de vraag naar het karakter van de relevante feiten, komt ook de voornoemde situatie op, waarin het feitencomplex nog geen vaststaande internationale aspecten toont.

60 Processuele rechtskeuze

Wat brengt het voorgaande mee voor het leerstuk van de processuele rechtskeuze? In het Nederlandse recht is het toegestaan dat de partijen het toepasselijke recht tijdens de procedure kiezen. In ieder geval is dat mogelijk wanneer de conflictregel zelf de rechtskeuze voor het aangewezen recht toestaat. Veelal zal dit de lex fori (en dus het Nederlandse recht) zijn. De situatie is minder duidelijk wanneer de conflictregel deze mogelijkheid aan de partijen niet toekent, of wanneer de lex fori niet tot de opties behoorde. Is een rechstkeuze ten processe dan nog steeds mogelijk? De literatuur lijkt van mening dat in een dergelijk geval de keuze niet uitgebracht kan worden. De rechtskeuze wordt aldus gezien als een conflictenrechtlijk instituut. De rechtspraak is daarentegen minder streng; ook in het geval de verwijzingsregel geen keuze toestaat, neemt de rechter soms wel een processuele keuze aan.[142]

Hetzelfde gaat op voor de vraag naar de *stilzwijgende* rechtskeuze. In de literatuur wordt het standpunt verdedigd dat niet te snel van een dergelijke keuze moet worden uitgegaan, zeker niet indien door de vermeende 'keuze' het Nederlandse recht wordt toegepast. Dat zou immers *Heimwärtsstreben* in de hand werken. De rechtspraak laat een geschakeerd beeld zien. Soms is zij minder streng wanneer het om de impliciete rechtskeuze gaat. In sommige gevallen lijkt het enkele verwijzen naar bepalingen van Nederlands recht of Nederlandse jurispru-

140 In principe kan het dan gaan om dezelfde materieelrechtelijke kwalificatie (bijvoorbeeld contractuele aansprakelijkheid), al hoeft dit niet; wat in de ene staat als contractueel wordt gezien kan in een andere staat als een kwestie van buitencontractuele aansprakelijkheid worden beschouwd. Men denke bijvoorbeeld aan de precontractuele aansprakelijkheid, die weliswaar conflictenrechtelijk onder het regime van de Rome II-Verordening valt, maar materieelrechtelijk gezien wellicht als een contractuele kwestie wordt behandeld.

141 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p.95, onder verwijzing naar Mayer 1991, p. 487.

142 Anders: Rb. Rotterdam 18 augustus 2010, *NIPR* 2011/68, waarin, in weerwil van de stellingen van de partijen, wel wordt getoetst aan art. 3 en 4 EVO.

dentie al voldoende,[143] waarbij ook betekenis wordt toegekend aan de omstandigheid dat een dergelijke 'impliciete rechtskeuze' niet is weersproken door de wederpartij.[144] In andere gevallen is de rechter daarentegen wat strenger, en wordt geëist dat in de processtukken een verwijzing naar Nederlandse bepalingen gevonden moet kunnen worden of anderszins van omstandigheden moet blijken dat stilzwijgend van het toepasselijke recht moet worden uitgegaan.[145] Ook verzoeken rechters partijen wel om zich over een eventuele rechtskeuze uit te laten, indien hun stellingen op Nederlands recht zijn gebaseerd terwijl vreemd recht van toepassing is.[146]

Dat de verhouding tussen enerzijds de conflictenrechtelijke rechtskeuzebevoegdheid en anderzijds de processuele partijdispositie niet altijd duidelijk is, blijkt ook uit het recente oordeel van de Rechtbank Overijssel in een interregionale zaak. De rechter oordeelde dat de werknemer had ingestemd met een processuele rechtskeuze voor Nederlands recht. Bij de conclusie van dupliek nam de werknemer een ander standpunt in en beriep zich op het 'BES-arbeidsrecht'. Dit standpunt werd door de rechtbank als tardief gepasseerd.[147] Niet duidelijk is of een processuele rechtskeuze mogelijk werd geacht omdat de (analoog toepasselijke) conflictregel dat toestond, of omdat er sprake was van een procesrechtelijke houding waaraan bepaalde consequenties werden verbonden. Analoge toepassing van Rome I zou in dat geval voor de hand hebben gelegen, met inbegrip van de 'beschermende conflictregel' voor werknemers (art. 8), maar daarvan maakt de uitspraak geen gewag. Dit versterkt de idee dat de rechter van een meer procedurele grondslag uitging.

Vroeger werd de processuele rechtskeuze – ook wel 'rechtskeuze achteraf' – dogmatisch wel als een vaststellingsovereenkomst beschouwd[148] of als een dading in de zin van art. 1880 BW (oud),[149] zij het dat deze laatste kwalificatie veelal als onjuist werd gezien.[150] Aangenomen wordt dat het oordeel van de Rb. Rotterdam in

143 Zie Rb. Amsterdam 30 september 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:6458, *NIPR* 2016/57 (verwijzing naar Nederlandse jurisprudentie); Rb. Arnhem 26 september 2012, *NIPR* 2012/457, r.o. 4.3.

144 Zie Rb. Zutphen 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBZUT:2012:BX4722, *NIPR* 2012/463, r.o. 5.2. (dergelijke keuze werd niet in strijd met Rome I en Rome II geacht).

145 Zie Hof 's-Gravenhage 30 november 2010, *NIPR* 2011/55 (*Solvochem/Rasheed Bank*), r.o. 7.2. Ook wordt in deze uitspraak de vraag opgeworpen of een van de partijen afstand had gedaan van het recht om in hoger beroep de vraag naar het toepasselijke recht te stellen.

146 Zie Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2002 *NIPR* 2002/205 (*Pennings/Pegri*), r.o. 4.3.

147 Rb. Overijssel 22 mei 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:2358, r.o. 4.2.

148 Zie W. Snijders, 'Rechtskeuze achteraf en vaststellingsovereenkomst herbezocht', in: J.M. Polak e.a., *Iustitia et Amicitia. Geschillenbeslechting in en buiten rechte*, Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 47-60, i.h.b. p. 48-49.

149 Art. 1888 BW(oud) luidde: 'Dading is eene overeenkomst waarbij partijen, tegen overgave, belofte of terughouding eener zaak, een aanhangig geding ten einde brengen, of een te voeren geding voorkomen. Deze overeenkomst is slechts van waarde, indien zij schriftelijk is aangegaan, al mogt zij ook eene zaak betreffen waaromtrent het bewijs door getuigen zoude kunnen worden toegelaten.'

150 Althans door Kollewijn 1964, p. 225 e.v.

de zaak *Theo*[151] de eerste beslissing was waarin de rechtskeuze achteraf als zodanig is toegestaan.[152]

2.3.2.4 Het conflictenrechtelijke relevante feitencomplex

61 Geen duidelijkheid

Eerder is de situatie geschetst waarin het feitencomplex niet wijst op de toepasselijkheid van vreemd recht. De internationale elementen zijn in dat geval nog niet vast komen te staan. Hoe wordt in het Nederlandse procesrecht met dergelijke feiten omgegaan? De hoofdregel is immers, zoals is gebleken uit paragraaf 2.2.2., dat partijen in beginsel de heerschappij over de feiten hebben. Tenzij sprake is van rechten die niet ter vrije bepaling van partijen staan, heeft de rechter de feiten als vaststaand aan te nemen die door partijen zijn gesteld en niet zijn betwist.

Het is niet duidelijk hoe het antwoord naar Nederlands recht luidt. De voor de rechtsaanwijzing relevante feiten kennen in beginsel geen zelfstandige processuele behandeling. Verschillende auteurs hebben aangevoerd dat de ambtshalve vaststelling van conflictenrechtelijke relevante feiten problematisch is. Zo is men vaak afhankelijk van het materieel dat wordt overgelegd door partijen, wordt een dergelijk onderzoek vaak bemoeilijkt in een procedure die niet op tegenspraak is en zijn de criteria 'dispositievrijheid' en 'openbare orde' niet toegesneden op het ipr.[153] De Boer heeft daarom gesuggereerd dat de rechter een ambtshalve onderzoek naar 'ipr-relevante feiten' achterwege laat, tenzij de wet anders bepaalt of het feitenmateriaal zodanige hiaten of tegenstrijdigheden vertoont dat anders van een 'verantwoorde rechtsbeslissing' niet kan worden gesproken.[154] De wetgever heeft deze suggesties niet overgenomen in art. 10:2 BW, noch in een andere bepaling.

De rechtspraak lijkt op het punt van de internationale elementen niet consistent te zijn. Soms wordt volstaan met het oordeel dat 'tussen partijen niet in geschil is' dat de gewone verblijfplaats in een zekere staat is gelegen.[155] In een ander geval neemt de

---

151 Rb. Rotterdam 2 april 1963, *S&S* 1963, no. 52 (*Theo*): 'O. dat de rechtbank enkel uit kracht van voormelde dading het onderhavige geschil zal moeten beslissen op de grondslag van het Nederlandse recht (…).'

152 W. Snijders, in: *Iustitia et Amicitia* 1985, p. 48. Men kan overigens twijfelen of Snijders' standpunt helemaal correct is; de rechtbank sprak immers van een 'dading'. Dit kan dus ook als procesrechtelijke benadering in plaats van conflictenrechtelijke rechtskeuze kan worden beschouwd.

153 De Boer, in: *Offerhauskring vijfentwintig jaar* 1987, p. 29-37.

154 De Boer, in: *Offerhauskring vijfentwintig jaar* 1987, p. 37-38.

155 Zie o.a. Hof 's-Hertogenbosch 27 mei 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM5997, *NIPR* 2010/405 (gewone verblijfplaats minderjarige vóór overbrenging); Rb. Den Haag 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBDHA:2015:11488, *NIPR* 2016/35 (gewone verblijfplaats minderjarigen vóór overbrenging); Rb. Rotterdam 20 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5158, *NIPR* 2013/148 (laatste gewone verblijfplaats en nationaliteit erflater); Rb. Rotterdam 13 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:596, *NIPR* 2016/232 (plaats vestiging hoofdbestuur vennootschap); Rb. Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8197, *NIPR* 2014/87, r.o. 2.12 (gewone verblijfplaats verkoper); Hof Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3406, *NIPR* 2013/329, r.o. 24 (gewone verblijfplaats bij huwelijksvermogensrecht). Voor discussie over de relevante feiten: Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014/369, *JAR* 2014/222, m.nt. Franssen, r.o. 4.7. e.v.

rechter een 'stelplicht' van partijen aan, zelfs als het gaat om de nationaliteit van een partij in een echtscheidingszaak.[156] Ook wordt van partijen regelmatig het 'bewijs' van hun nationaliteit gevorderd.[157] Wanneer een partij stelt dat de gewone verblijfplaats of de woonplaats in een zekere staat is gelegen, krijgt zij daarvoor soms een bewijsopdracht.[158] In gevallen waarin partijen beschikkingsvrijheid is toegekend, lijkt de Hoge Raad een dergelijke lijdelijke houding toe te staan. Zo had de Hoge Raad in een zaak uit 2008 een partij in cassatie toegelaten tot de bewijslevering inzake de stelling dat de erflater testamentair had beschikt in Zwitserland, dan wel dat hij ten tijde van zijn overlijden zijn woonplaats en gewone verblijfplaats in die staat had. Beide aanknopingspunten zijn relevant voor het toepasselijk recht op de testamentsvorm, maar werden niettemin aan bewijsvoering door een partij onderworpen.[159] Hieruit blijkt dat de rechter een relatief passieve houding aanneemt wanneer het gaat om de vaststelling van conflictenrechtelijk gezien relevante feiten.

2.3.3 De toepassing van het buitenlandse recht

2.3.3.1 Hoofdregel

62 Algemeen

Zoals in paragraaf 2.3.1. aan de orde is gekomen, dient ook het buitenlandse recht door de rechter uit eigen beweging te worden toegepast. Daarmee wordt er dus geen onderscheid gemaakt tussen de vraag naar de *toepasselijkheid* van vreemd recht en de daadwerkelijke *toepassing* ervan. De rechter moet het recht niet alleen toepassen, maar ook de inhoud daarvan op eigen initiatief achterhalen. Dit betekent dat vreemd recht niet door partijen bewezen behoeft te worden en dat de rechter niet aan de rechtsbeschouwingen van de partijen is gebonden. Wel mag de rechter aan partijen vragen zich uit te laten over het toepasselijke recht. Het is daarentegen onjuist om te stellen dat buitenlands recht en Nederlands recht geacht worden gelijkluidend te zijn, omdat van het tegendeel niet gebleken is. Deze redenering, die lijkt op de toepassing van de antikiesregel, komt er in een voorkomend geval op neer dat één van de partijen een dergelijk vermoeden moet ontkrachten.

2.3.3.2 Recente ontwikkelingen

63 Een meer feitelijke benadering?

Hoewel het nog steeds de heersende leer is dat vreemd recht door de rechter *ex officio* moet worden toegepast en daartoe uit eigen beweging de inhoud van dat

156 Hof 's-Gravenhage 7 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7301, *NIPR* 2012/303.

157 Rb. 's-Gravenhage 19 mei 2004, *NIPR* 2005/9.

158 Zoals in Rb. Rotterdam 13 februari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC6670, *NIPR* 2008/132 (bewijsopdracht woonplaats in Brasschaat).

159 Zie HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2768, *NJ* 2008/125, *NIPR* 2008/79. Het betreft art. 1 lid 1 van het Haags Testamentsvormenverdrag 1961.

recht moet vaststellen, hebben twee recente arresten van de Hoge Raad in de literatuur de vraag opgeworpen of partijen onder omstandigheden de inhoud van buitenlands recht toch moeten 'stellen en bewijzen'.[160] Met andere woorden, is de Hoge Raad 'teruggekomen' van zijn eerdere rechtspraak en wordt aan buitenlands recht onder omstandigheden een meer 'feitelijk' karakter toegekend?[161] Het gaat hier om de arresten *Al Rafidain/Solvochem*[162] en *ICL/Potasse & Produits Chimiques S.A.S.*[163] Het eerste arrest is reeds behandeld in Hoofdstuk 1 en kan in dit verband dus kort worden besproken.

> Het ging in *Al Rafidain/Solvochem* immers over een documentair krediet, waarbij de vraag rees of de ingestelde vorderingen inmiddels waren verjaard. Tegenover de stelling van de eiser dat sprake was van de algemene verjaringstermijn uit de Iraakse *Civil Code* van 15 jaar, had de gedaagde niets anders aangevoerd dan dat zij een kortere termijn in de Iraakse *Commercial Code* van toepassing achtte, zonder aan te geven welke termijn. Het hof oordeelde dat die stelling niet voldoende was gemotiveerd, mede doordat de gedaagde geen wettekst in het geding had gebracht. De Hoge Raad verwierp de klacht dat het hof zijn taak zou hebben miskend om ambtshalve de rechtsgronden aan te vullen.

Het tweede arrest inzake *ICL/Potasse & Produits Chimiques S.A.S.* (hierna: *ICL/PPC*) betrof de verkoop en levering van elementair broom door ICL aan PPC. Nadat ICL de leveringen had beëindigd, was er een arbitrale procedure in Engeland aanhangig gemaakt. Na een eerste arbitraal deelvonnis ('*First Partial Award*') werd door partijen een regeling getroffen, erop neerkomend dat PPC zijn vorderingen wegens het beëindigen van de overeenkomst zou terugtrekken '*without prejudice*'. In de daarop volgende '*Final Award by Consent*' werd daarentegen geoordeeld dat de vorderingen van PPC wel met '*prejudice'* werden afgewezen. ICL vorderde vervolgens een verklaring voor recht dat zij geen dwangsommen had verbeurd, wat door de rechtbank werd toegewezen. In hoger beroep had het hof PPC in de gelegenheid gesteld aan te geven welke bestellingen niet waren geleverd, tegen welk oordeel ICL tussentijds cassatieberoep had ingesteld. In een van de onderdelen van het cassatiemiddel voerde ICL aan dat het hof had miskend dat aan de in de Engelse arbitrageprocedure gevorderde verklaring voor recht, welke door het arbitrale tribunaal was afgewezen, naar Engels recht gezag van gewijsde toekomt. De Hoge Raad wees het cassatieberoep af en oordeelde (rov. 3.5.3.):

---

160 Zie annotatie van De Boer in *NJ*; annotatie van Van der Plas in *JOR*; Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 206-209 en p. 228-229.

161 Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 206-208 en p. 228-229.

162 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, *JOR* 2012/78, m.nt. Van der Plas, *NJ* 2013/235, m.nt. ThMdB.

163 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *JIN* 2015/225, m.nt. Van Weerden. De advocaat van ICL had om een herstelarrest verzocht, aangezien een van de onderdelen van het cassatiemiddel, waarin tevens werd geklaagd over het feit dat het hof de zaak naar internationaal uniform recht had moeten beoordelen en het oordeel van het hof naar Nederlands recht onjuist is, niet door de Hoge Raad was behandeld. Een herstelarrest volgde, waarin de Hoge Raad deze klacht afdeed op grond van art. 81 lid 1 RO (HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3569).

> 'ICL heeft inderdaad aangevoerd dat hieraan naar Engels recht gezag van gewijsde toekomt, maar haar stellingen houden niet in, laat staan dat zij op enige wijze heeft onderbouwd door overlegging van Engelse wetgeving, rechtspraak of literatuur, dat dit gezag van gewijsde zich naar dat recht mede zou uitstrekken tot een aldus op een schikkingsregeling gebaseerde afwijzing bij een arbitrale uitspraak. Om deze reden heeft ICL, ook indien juist is dat de vraag naar het gezag van gewijsde van de Final Award by Consent naar Engels recht moet worden beoordeeld, geen belang bij haar klacht.'

Bijzonder aan dit oordeel is dat de Hoge Raad lijkt te suggereren dat de eiser tot cassatie rechtsbronnen van Engels recht had moeten inbrengen om de klacht succesvol te laten zijn. Dit lijkt, samen met het oordeel in *Al Rafidain/Solvochem*, een uitzondering te vormen op de heersende leer inzake de status van vreemd recht.[164] De beide arresten zijn in de literatuur niet met instemming ontvangen.[165] Men neemt aan dat de Hoge Raad heeft miskend dat het Hof in *Al Rafidain/Solvochem* een zelfstandige taak had om de juiste verjaringstermijn naar Iraaks recht vast te stellen, hetgeen werd voorgeschreven door (destijds nog) art. 25 Rv.[166] In het bijzonder wordt het beginsel *ius curia novit* aangevoerd ter onderbouwing van de stelling dat het hof het Iraake recht ambtshalve had moeten onderzoeken.[167] Peters heeft wel verdedigd dat de Hoge Raad mogelijk heeft willen terugkeren van zijn eerdere rechtspraak en cassatie heeft willen uitsluiten voor dit soort gevallen, of in ieder geval aan partijen een zekere stel- en informatieplicht over buitenlands recht heeft willen opleggen.[168]

64 Rechtsmiddel en stelplicht

Op het eerste gezicht lijken de twee arresten van de Hoge Raad inderdaad een anomalie te zijn in diens reeds bestaande jurisprudentie, en daarmee een uitzondering te creëren op de aan art. 10:2 BW ten grondslag liggende gedachte. De vraag rijst of voor deze arresten, die enigszins met de heersende leer uit de pas lijken te lopen, een verklaring kan worden gevonden. Wanneer men beide arresten in onderling verband beschouwt, valt op dat er bij nader inzien één overeenkomstig element uitspringt: het betreft in beide gevallen de toepassing van rechtsgronden die normaliter naar Nederlands procesrecht niet ambtshalve mogen worden toegepast, de zogenaamde 'rechtsmiddelen'.[169] Immers, in *Al Rafidain/Solvochem* betrof het een beroep op verjaring, waarvan de wet voorschrijft dat ambtshalve toepassing niet mag plaatsvinden,[170] en in *ICL/Potasse* ging het om een beroep op gezag van gewijsde, waarvan ook wordt aangenomen dat dit een 'rechtsmiddel' is.[171] Dit

164 Van Mierlo, in: *T&C Rv*, art. 25 Rv, aant. 1.

165 Zie Van der Plas in haar noot bij het arrest in *JOR* 2012/78, onder 10, en De Boer in zijn noot bij het arrest in *NJ* 2013, 235, onder 5.

166 Noot van Van de Plas bij het arrest in *JOR* 2012/78, onder 10.

167 De Boer, in *NJ* 2013, 2325, onder 5.

168 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 208. Hij plaatst dit oordeel dan ook voornamelijk in het licht van de cassatie van vreemd recht, waarover meer aandacht zal worden besteed in paragraaf 2.5.2.

169 Zie daarvoor paragraaf 2.2.3.

170 Zie art. 3:322 lid 1 BW.

171 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 47.

betekent dat partijen een uitdrukkelijk beroep op deze rechtsgronden moeten doen om ze deel van de rechtsstrijd te laten uitmaken. Hoe zij dat moeten doen, verschilt per geval. In het geval van verjaring moet het naar Nederlands procesrecht althans gaan om een duidelijke omschrijving van de verjaringstermijn en van de omstandigheden waaronder deze termijn is gaan lopen, tenzij de rechter dit uit het feitencomplex kan afleiden.[172] Voor wat betreft het gezag van gewijsde geldt de regel dat degene die zich daarop beroept, moet aangeven voor welk gedeelte van het vonnis het gezag van gewijsde geldt. In beide gevallen geldt dus een relatief zware stelplicht waaraan moet zijn voldaan, wil men het rechtsmiddel deel laten uitmaken van de rechtsstrijd.

Voor zuiver interne gevallen behoeft een en ander geen problemen op te leveren. In internationale gevallen kan dat daarentegen wel problematisch zijn. Immers, wanneer de vraag naar de verjaring of het gezag van gewijsde door buitenlands recht wordt beheerst, betekent dit dat ook de stelplicht naar dat recht moet plaatsvinden. In internationale gevallen houdt dit in dat partijen moeten voldoen aan de stelplicht van het materiële recht, en dus de lex causae, ook wanneer het gaat om rechtsgronden die ambtshalve behoren te worden aangevuld. Voor rechtsmiddelen is dit daarentegen lastiger uit te maken. Eigenlijk betreft het onderscheid rechtsgronden en rechtsmiddelen een processueel onderscheid, dat ex art. 10:3 BW door het Nederlandse procesrecht wordt beheerst. Inhoudelijk gezien is buitenlands recht van toepassing en zou de stelplicht in beginsel ook naar buitenlands recht moeten plaatsvinden, maar dan wordt verondersteld dat het beroep op verjaring of gezag van gewijsde reeds deel van de rechtsstrijd uitmaakt. Maar hoe zit het met de vraag of die geschilpunten al deel van de rechtsstrijd zijn? Wordt dat ook beheerst door vreemd recht of geldt daarvoor het beginsel *lex fori regit processum* van art. 10:3 BW?

Wanneer wordt aangenomen dat de stelplicht voor rechtsmiddelen eveneens geldt in internationale gevallen, zou dit betekenen dat partijen duidelijk moeten aangeven welke termijn naar vreemd recht zij bedoelen en wanneer deze begint te lopen (*Al Rafidain/Solvochem*) of welk deel van het vonnis naar vreemd recht gezag van gewijsde heeft (*ICL/Potasse*). Wanneer zij daarbij geen duidelijke stelling innemen, kan het beroep niet slagen. Indien deze redenering wordt toegepast op de casus uit beide arresten, zou de theorie van de stelplicht kunnen opgaan. In *Al Rafidain/Solvochem* had de bank slechts in zeer algemene termen, en zonder nadere substantiëring, gesteld dat er 'een kortere termijn' te vinden was in de '*Iraqi Commercial Code*'. Dat het Hof in *Al Rafidain* vervolgens oordeelde dat de Bank een wettekst in het geding had kunnen brengen, kan mogelijk te maken hebben met de in *Buyck van den Ameele* gemaakte uitzondering, volgens welke een gebrekkige stelling over de verjaring niet tot afwijzing behoeft te leiden. Voorwaarde is dan wel dat op grond van het verhandelde duidelijk is om welke verjaringstermijn het gaat. Deze uitzondering gaat uit van de veronderstelling dat de rechter het recht ook daadwerkelijk kent, wat in geval van vreemd recht wat moeilijk is aan te nemen; een in het geding gebrachte wettekst had daarom kunnen helpen. Dit betekent dat vreemd recht als zodanig niet tot een feitelijke aangelegenheid is verworden. Het is beter verdedigbaar dat de combinatie van een verzwaarde stelplicht bij rechtsmid-

172 HR 29 december 1995, *NJ* 1996/418 (*Buyck van den Ameele*), r.o. 3.3.

delen met een lex causae-benadering er toe kan leiden dat partijen soms inhoudelijk stellingen over vreemd recht moeten betrekken. Hetzelfde kan worden betoogd voor *ICL/PPC*; de Hoge Raad oordeelde immers dat de *stellingen* van ICL niet inhielden dat aan de 'Final Award by Consent' gezag van gewijsde toekomt en dat zij dat tevens niet had onderbouwd met bronnen van Engels recht.

Daarentegen kan ook een andere weg worden bewandeld, langs welke geen onderscheid wordt gemaakt tussen de stelplicht van het op de verjaring c.q. gezag van gewijsde toepasselijke recht, enerzijds, en de stelplicht om in de procedure rechtsmiddelen deel te laten uitmaken van de rechtsstrijd, anderzijds. Dit zou in *Al Rafidain* betekend hebben dat de vraag of verjaring ambtshalve toegepast moet worden, bepaald wordt door Iraaks recht. In het geval dat er geen sprake is van ambtshalve toepassing, is het voorts de vraag hoe de stelplicht luidt. Een dergelijke benadering zou overigens wel leiden tot een tweede anomalie, namelijk dat men een uitzondering op art. 10:3 BW maakt – de vraag of iets ambtshalve moet worden toegepast of niet wordt dan afhankelijk gesteld van vreemd recht – én, als gevolg daarvan, dat men in internationale gevallen aan rechters mogelijk een verdergaande plicht tot ambtshalve toepassing oplegt dan in interne procedures. Deze uitzonderingen vereisen dan wel een rechtvaardiging. Het is de vraag of het enkele internationale karakter van de zaak daarvoor toereikend is.[173]

65 Conclusie

De conclusie is dat de Hoge Raad duidelijker in zijn bewoordingen had mogen zijn, mocht men daadwerkelijk het oog op de processuele status van 'rechtsmiddelen' gehad hebben.[174] Desondanks leggen deze arresten wel een zwakke plek bloot, aangezien het niet duidelijk is hoe art. 10:2 BW zich exact verhoudt tot het stelsel van art. 24 en 25 Rv. Heeft de eerste bepaling immers een zelfstandige positie, dan kan dit betekenen dat de grenzen van de rechtsstrijd in internationale gevallen anders worden getrokken dan in zuiver interne zaken en dat men aan partijen dus meer of minder partijautonomie toekent. Wordt art. 10:2 BW daarentegen zelf als een rechtsgrond in de zin van art. 25 Rv gezien, dan zou de toepassing daarvan in beginsel ex art. 24 Rv door de rechtsstrijd van partijen worden begrensd en zullen partijen, als een gevolg daarvan, meer moeten stellen over de inhoud van vreemd recht, althans onder omstandigheden zoals in *Rafidain Bank* of *ICL/PPC*.

2.3.3.3 Buitenlandse voorrangsregels

66 Geen duidelijke status

Een bijzonder probleem betreft dat van de processuele behandeling van buitenlandse voorrangsregels. Deze regels kunnen van toepassing zijn in weerwil van het door de verwijzingsregels aangewezen recht. Zij kunnen immers buiten de relevante

173 Zie paragraaf 7.4.

174 Ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 208, meent dat de Hoge Raad er beter aan had gedaan om een en ander expliciet te motiveren.

verwijzingscategorie vallen, te meer daar deze regels vaak een semipubliekrechtelijk karakter hebben.[175] Vanwege de verminderde kenbaarheid van deze regels is het moeilijker om te verwachten dat de rechter daarvan kennis heeft of neemt. Helaas biedt art. 10:2 BW geen duidelijke aanknopingspunten aan de hand waarvan deze vraag beantwoord kan worden.

De positie van buitenlandse voorrangsregels in het burgerlijk geding kwam aan bod in de illustratieve casus van het arrest *AxA/CW Lease*.[176] In deze zaak was onder meer de toepasselijkheid van de Belgische Controlewet Verzekeringsondernemingen aan de orde. In een geschil over een verzekeringsovereenkomst, die overigens werd beheerst door Nederlands recht, werd door een partij eerst bij pleidooi in appel een beroep gedaan op deze Belgische wet gedaan. Aangevoerd werd dat de uitvoering van de overeenkomst met deze Belgische wet in strijd zou zijn. Het hof had hier verder geen aandacht aan besteed, wat door de Hoge Raad als onjuist werd geoordeeld. Bijzondere aandacht verdient de conclusie van advocaat-generaal Spier, die dieper inging op de vraag of buitenlandse voorrangsregels ambtshalve moeten worden toegepast. De A-G meende dat er daarvoor op zijn minst aanknopingspunten in het feitencomplex of het partijdebat voor de feitenrechter diende te liggen. Een algehele plicht tot ambtshalve toepassing van dergelijke voorrangsregels kon naar zijn mening niet van de feitenrechter worden gevergd. Interessant is voorts dat hij tot de conclusie kwam dat men moeilijk van de Nederlandse rechter te vergen dat hij ambtshalve de nietigheid van de overeenkomst vaststelt, wanneer zijn Belgische collega daartoe eveneens niet was gehouden.[177]

Een andere interessante casus kan worden gevonden in *X./Staat der Nederlanden*.[178] Deze zaak betrof een medewerker van de Nederlandse ambassade te Parijs, die na een lang dienstverband ontslag was aangezegd. De werknemer deed vervolgens een beroep op de ongeldigheid van de opzegging. De overeenkomst werd krachtens art. 6 lid 2 EVO beheerst door Nederlands recht. De werknemer deed een beroep op een bepaling uit de Franse *Code du Travail*, die volgens hem inhield dat een ontslag enkel kan worden gebaseerd op feiten die zich binnen twee maanden voorafgaand aan het ontslag hebben voorgedaan. Deze regel was naar zijn mening als een voorrangsregel in de zin van art. 7 lid 1 EVO te beschouwen. Nadat de kantonrechter de vorderingen van de man had afgewezen, oordeelde het hof dat de stelling van de werknemer over de eventuele strijd met dwingende bepalingen van Frans recht niet voldoende was onderbouwd en wees de vorderingen af. Hoewel in cassatie de zaak werd afgedaan met een beroep op art. 81 RO, en de zaak dus geen directe relevantie heeft, besteedt de A-G in zijn conclusie bijzondere aandacht aan de processuele status van vreemde voorrangsregels. De A-G was van mening dat de verplichting van de Nederlandse rechter om ambtshalve buitenlands recht toe te passen meebrengt dat hij ook moet nagaan of een buitenlandse bepaling een

175 Zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/145. Meer in het algemeen L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht. Verkenning op een kruispunt van methoden*, Deventer: Kluwer 1978.

176 HR 24 maart 2000, *NIPR* 2001/201, *NJ* 2000/342.

177 Zie conclusie A-G, ECLI:NL:PHR:2000:AA5259, onder 3.52.

178 HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1254, *NIPR* 2012/357.

voorrangsregel in de zin van art. 7 lid 1 EVO is. Voor zover deze conclusie de stand van het recht daadwerkelijk weergeeft, valt hieruit te concluderen dat ook buitenlandse voorrangsregels ambtshalve toegepast moeten worden en de rechter desnoods ambtshalve onderzoek naar hun inhoud moet verrichten. In dit geval zou dat overigens geen verschil hebben gemaakt, omdat het oordeel van het hof dat het niet bekend was met een bepaling van Frans recht volgens de A-G reeds impliceerde dat het hof uit eigen beweging onderzoek naar dat recht heeft gedaan.[179]

67 Conclusie

Het is echter de vraag wat de voorgaande arresten betekenen voor de ambtshalve toepassing van buitenlandse voorrangsregels, ook al betrof het steeds de conclusie A-G en niet het dictum van de Hoge Raad. In beide gevallen had een betrokken partij namelijk wel een beroep op een dergelijke regel gedaan en had het hof al dan niet verzuimd om daarnaar onderzoek te doen. De vraag die nog open blijft is wat rechtens geldt indien geen enkele partij een beroep op dat buitenlandse recht doet. Is er dan sprake van een bepaling die in processuele zin van openbare orde is? Deze vraag lijkt niet gemakkelijk te beantwoorden te zijn. A-G Spier bespreekt dit kort in zijn conclusie bij *AXA/CW Lease*, waarin hij vooropstelde dat een bij pleidooi in appel aangevoerde stelling in beginsel achterwege moet blijven, tenzij sprake is van regels van openbare orde. Spier vroeg zich daarom af of de betrokken Belgische voorrangsregel als een bepaling van openbare orde gezien dient te worden. Zijn conclusie was dat een dergelijke gevolgtrekking moeilijk te rechtvaardigen valt, wanneer de Belgische rechters een dergelijk onderzoek ook niet hoefden uit te voeren. Hij lijkt daarmee het eventuele openbare orde-karakter te laten afhangen van het vreemde recht.

In de literatuur heeft Mostermans zich over de status van dergelijke regels uitgelaten. Zij meent dat vreemde voorrangsregels wel ambtshalve toegepast moeten worden, voor zover daarmee een publiek belang is gediend.[180] Ter mitigering van dat standpunt stelt zij dat de rechter daartoe slechts verplicht is, wanneer het procesdossier aanknopingspunten voor het bestaan van een dergelijke regel weergeeft, tenzij anderszins het vermoeden bestaat dat er een voorrangsregel in het spel is.[181] Ook Peters is van mening dat ingeval een vreemde voorrangsregel van een dergelijk vitaal belang is voor de betrokken vreemde staat, deze regel ambtshalve toegepast kan worden, zelfs wanneer sprake is van een facultatief conflictenrecht.[182]

2.3.4 Hoor en wederhoor

68 Geen verrassingsbeslissing

Zoals ook geldt bij de aanvulling van rechtsgronden in een zuiver interne procedure, kan het beginsel van hoor en wederhoor in sommige gevallen een belemmering voor

179 Conclusie A-G, ECLI:NL:PHR:2012:BW1254, onder 2.8-2.9.

180 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 109.

181 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 110. Mostermans denkt dan vooral aan Europese kartelwetgeving.

182 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 243-244.

de rechter zijn om ambtshalve uit te voeren taken te verrichten, zoals de aanvulling van rechtsgronden. Ook in internationale gevallen is het nodig dat de rechter zich daarvan rekenschap geeft, te meer omdat in die procedures het niet altijd duidelijk hoeft te zijn welk recht de rechtsverhouding beheerst en, zo dat vaststaat, wat de inhoud daarvan is. Om verrassingsbeslissingen te voorkomen, dienen partijen eerst in de gelegenheid te worden gesteld om zich over de rechtstoepassing uit te laten.[183]

Het is de vraag of de rechter partijen eerder in de gelegenheid moet stellen wanneer het om de mogelijke toepasselijkheid van een ander recht dan de lex fori gaat. Bij de toepasselijkheid van vreemd recht geldt immers dat bepaalde feiten nodig kunnen zijn om de rechtsaanwijzing mogelijk te kunnen maken. Op grond van de goede procesorde meent Mostermans daarom dat partijen daartoe in de gelegenheid gesteld moeten worden, tenzij zij op grond van het verhandelde ter zitting op deze feiten bedacht hadden kunnen zijn, of de aanpassing van feitelijke stellingen onaannemelijk is.[184] Voor wat betreft buitenlands recht meent Mostermans dat, naast het belang van partijen om hun feitelijke stellingen aan de andere rechtsregels te kunnen aanpassen, zij ook het belang hebben zich over de inhoud van dat recht zelf te kunnen uitlaten.[185] Ook moeten de partijen, wanneer de rechter elders inlichtingen heeft ingewonnen, daarop kunnen reageren.[186] In dit opzicht onderscheidt vreemd recht zich dus van het eigen recht.

2.4 Complicaties bij de toepassing van buitenlands recht

69 Algemeen

Buitenlands recht zal de rechter uit de aard der zaak niet bekend zijn. Daarom kunnen er bij zijn plicht om dit recht uit eigen beweging toe te passen allerlei complicaties optreden. Deze bestaan kortweg uit het gebrek aan kennis over vreemd recht en de wijzen waarop dat gebrek kan worden opgevuld, de kosten die aan een dergelijk onderzoek naar de inhoud en strekking van vreemd recht zijn verbonden, en de vraag, wanneer een dergelijk recht als onkenbaar kan worden beschouwd en wat daarvan de precieze consequenties zijn. Nauw verweven met deze laatste vraag is het probleem dat soms niet duidelijk is hoe vreemd recht moet worden geïnterpreteerd. Ook zal de rol van conflicten- en vreemd recht spelen in bijzondere procedures, zoals het kort geding of de verstekprocedure.

2.4.1 Manieren om de inhoud van vreemd recht te achterhalen

70 Eigen onderzoek

De rechter kan op verschillende manieren proberen om de inhoud van vreemd recht te achterhalen, voor zover hij zelf al geen kennis daarvan heeft en die kennis toepast.

---

183 HR 15 september 2006, ECLI:HL:HR:2006:AV9446, *NJ* 2006/505 (geen verrasingsbeslissing).
184 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 123-124.
185 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 138-39.
186 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 139-140.

Het staat hem vrij het middel te kiezen dat hij het meest geschikt acht. Dit volgt uit de plicht die op de rechter rust om het buitenlandse recht ambtshalve toe te passen.[187] Zo kan hij besluiten om zelf onderzoek te doen naar het buitenlandse recht. Gerechten hebben bibliotheken die bronnen inzake buitenlands recht kunnen bevatten. Het is mogelijk dat deze bibliothecaire uitrusting niet voldoende is. Ook kan de toegang tot die bronnen afhankelijk zijn van de talenkennis van de betreffende rechter. Er zijn allerlei (losbladige) encyclopedieën die informatie over buitenlands recht bevatten, zoals Bergmann & Ferid's *Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht* inzake buitenlands familierecht,[188] of rechtsvergelijkende studies die een bron van informatie kunnen zijn. In de Memorie van Toelichting bij art. 10:2 BW wordt ook nog de 'niet te verwaarlozen' mogelijkheden genoemd om via het internet informatie over buitenlands recht, met name wetteksten en jurisprudentie, te vinden.[189] Het is wel de vraag hoe betrouwbaar deze informatie is.

71 Europese Overeenkomst van 1968

Een formele manier om informatie over een ander rechtsstel te verkrijgen, is door de weg van de Europese Overeenkomst van 1968 te bewandelen. Nederland is partij die Overeenkomst,[190] die voor Nederland op 2 maart 1977 in werking is getreden. De toepassing van de Europese Overeenkomst is uitgewerkt in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, voorheen in de artikelen 150-151 (dagvaardingsprocedure) en 429s-t Rv (verzoekschriftprocedure) en met de inwerkingtreding van het Nieuwe Rv, in de artikelen 67 en 68 Rv (algemene bepalingen). Het staat de rechter vrij om de weg van het Europese Overeenkomst te bewandelen.[191] Er bestaat enige onduidelijkheid wie het verzendende dan wel ontvangende orgaan in de zin van art. 2 Europese Overeenkomst is. Oorspronkelijk was dit de Stafafdeling Wetgeving Privaatrecht, afdeling Juridische Vraagstukken,[192] die de bevoegdheid had gedelegeerd aan het Internationaal Juridisch Instituut. Echter, in een brief van de *chargé d'affaires a.i.* van Nederland bij de Raad van Europa d.d. 6 augustus 2012 staat dat per 12 augustus 2002 de Hoofdofficier van Justitie bij de Rechtbank 's-Gravenhage zowel verzendend als ontvangend orgaan is.[193] Vlas gaat er blijkbaar vanuit dat dit laatste juist is,[194] terwijl Polak meent dat de Stafafdeling nog steeds als verzendend en ontvangend orgaan kan worden beschouwd, bij gebreke van een daartoe strekkend

187 HR 28 juni 1937, *NJ* 1938/1 (*Engelse Arbitration Act*).
188 Vgl. ook Vonken, in: *T&C BW,* art. 10:2 BW, aant. 3.b.
189 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 137, nr. 3, p. 9.
190 Voluit: Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht, Londen 7 juni 1968, *Trb.* 1968, 142.
191 HR 9 augustus 1985, *NIPR* 1985/390, *NJ* 1985/818 (*X./Raad voor de Kinderbescherming*).
192 Zie Wet van 20 juni 1976, *Stb.* 1976, 371 jo. Besluit van de Minister van Justitie van 3 januari 1977, *Stc.* 16.
193 Zie http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=062&CM=1&CL=ENG, onder 'List of declarations, reservations and other communications', laatstelijk geraadpleegd op 29 juni 2020.
194 Zie Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 2 Verdrag inlichtingen buitenlands recht 1968, aant. 1.

Besluit van de Minister in de Staatscourant.[195] Overigens bestaat ook de mogelijkheid dat men enkel heeft beoogd het postadres te wijzigen, en dat geen wezenlijke verandering van de verzendende en ontvangende autoriteit is beoogd.

Daarnaast stelt Geeroms[196] dat Nederland nog bilaterale verdragen zou hebben gesloten met het oog op het verkrijgen van informatie over vreemd recht, een stelling die door anderen wordt gedeeld.[197] Uit het onderhavige onderzoek is niet gebleken welke deze bilaterale verdragen zijn. Er bestaan weliswaar belastingverdragen waarin de verdragsluitende staten zich verbinden om elkaar informatie over hun belastingsysteem te verschaffen, maar die vallen buiten het bestek van het privaatrecht.

72 Deskundigenbericht

Voorts heeft de rechter ook de bevoegdheid om, ambtshalve of op verzoek van een van de partijen, een deskundigenonderzoek te bevelen in de zin van art. 194 e.v. Rv. Het betreft hier een discretionaire bevoegdheid van de rechter. Hieruit blijkt dat men bij het ontwerpen van de regeling van het deskundigenbericht vooral het oog had op het deskundigenbewijs van feiten. De rechter heeft het buitenlands recht immers ambtshalve toe te passen, zodat hij weinig keus heeft indien het deskundigenbericht de enige wijze is om in een concreet geval informatie over buitenlands recht te achterhalen. Het discretionaire karakter van het deskundigenbericht wordt in een dergelijk geval enigszins illusoir. Nederlandse rechters lijken er belang aan te hechten dat de benoemde deskundige voldoet aan de vereisten van onafhankelijkheid en objectiviteit. Zo wordt wel het vereiste gesteld dat de deskundige niet eerder in de zaak betrokken is geweest.[198] Soms komt het deskundigenbericht, en dan vooral de wijze waarop de deskundige zijn opdracht heeft uitgevoerd, uitgebreid ter discussie.[199]

73 Bijzondere instituten: IJI en T.M.C. Asser Instituut

Indien de rechter informatie inzake buitenlands recht wil verkrijgen, kan hij ook een adviesaanvraag indienen bij het Internationaal Juridisch Instituut (IJI). Dit instituut, in 1918 opgericht als *Institut Intermédiaire International*, heeft zich vanaf het begin

195 Polak, in: *T&C Rv*, commentaar op Zevende Afdeling, aant. 3d.

196 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 157, no. 2.322.

197 Van Den Eeckhout, 'The Netherlands', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 386, en Lalani, *Doubt Develops* 2012, p. 37, beiden overigens (enkel) onder verwijzing naar Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 157, no. 2.322.

198 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:481, *NIPR* 2016/2014, r.o. 2.14.3. *in fine*: 'Het hof acht het van belang over het Belgische recht op dit punt te worden voorgelicht door een onafhankelijke persoon (een Belgische deskundige die niet eerder bij de zaak betrokken is geweest) of een onafhankelijke instantie (zoals bijvoorbeeld het Internationaal Juridisch Instituut).'

199 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch, 15 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3569, *NIPR* 2016/81.

gericht op de praktijk, zij het oorspronkelijk op een andere wijze.[200] De missie van het IJI is om informatie te verschaffen op het gebied van het internationaal privaatrecht en het buitenlands recht. Bij het vragen van een dergelijk advies worden partijen in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de te stellen vragen en worden zij, na ontvangst van de betreffende rapportage, ook in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over het rapport zelf. In sommige gevallen maken partijen daarvan gebruik.[201] Naast het IJI is het mogelijk dat de rechter advies vraagt aan academische instituten, zoals universiteiten of het T.M.C. Asser Instituut.[202]

74 Partij-inlichtingen

Tot slot kan de rechter assistentie vragen van partijen door hen te verzoeken om bij comparitie of bij akte inlichtingen te geven over het toepasselijke buitenlandse recht.[203] Ook kan hij partijen in elke stand van de procedure bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen, getuige art. 22 Rv. Zo kan hij aan een partij of aan beide partijen bevelen een stelling inzake buitenlands recht toe te lichten. Dit kan er toe leiden dat de betreffende partij informatie over buitenlands recht verschaft, bijvoorbeeld door middel van een advies of door een (vertaling van een) kopie van een wettekst of rechterlijke uitspraak te overleggen. Indien een partij daaraan niet voldoet, kan de rechter de gevolgtrekking maken die hij geraden acht. Niet duidelijk is wat met deze zinsnede uit art. 22 Rv wordt bedoeld. In het kader van het buitenlands recht zou zij er toe kunnen leiden dat de rechter eerder tot een andere interpretatie van buitenlands recht kan komen dan die door partijen wordt voorgestaan, of dat hij zijn uitleg inzake het buitenlandse recht minder uitvoerig motiveert.

Het komt incidenteel voor dat rechters aan partijen de verplichting opleggen om informatie over buitenlands recht te verschaffen.[204] Dit wordt als een incorrecte handelswijze beschouwd,[205] omdat het de taak van de rechter is om zelfstandig onderzoek naar vreemd recht te doen en een bewijsopdracht daarom niet mogelijk is. Een minderheidsstandpunt in de literatuur is dat een dergelijk bevel tot het overleggen van informatie, althans onder omstandigheden, mogelijk moet zijn.[206] Kosters en Dubbink hebben zelfs gemeend dat een bewijsopdracht gegeven kan

200 Zie www.iji.nl, onder 'Over ons', en 'Geschiedenis'. Laatstelijk geraadpleegd op 29 juni 2020. Zie ook R.J. Blauwhoff & J.M.J. Keltjens, 'Rechtsvinding van buitenlands recht: wat wordt er van de rechter verwacht? Hoe een advies van het Internationaal Juridisch Instituut anno 2014 behulpzaam kan zijn', *TREMA* 2014, afl. 1, p. 19-24, op p. 23.

201 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1726, *NIPR* 2017/328, r.o. 2.2.

202 Zie recentelijk Rb. Haarlem 17 juni 2009, *NIPR* 2010/303; Rb. Amsterdam 17 mei 2006, *NIPR* 2006/197; Hof Arnhem 21 december 2004, *NIPR* 2005/218; Ktg. Zuthen 28 augustus 2001, *NIPR* 2003/131.

203 Zie bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 1 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3636, r.o. 7.2.

204 Zoals in het door Mostermans aangehaalde arrest Hof 's-Hertogenbosch 28 februari 1989, *NIPR* 1989/259. Zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 60-61

205 Aldus Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 60-61.

206 Kosters & Dubbink, *Algemeen deel* 1962, p. 737. Mostermans lijkt op dit punt van mening te zijn veranderd. Eerst meende zij dat een dergelijk bevel niet mogelijk was (Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 60-61), maar in een latere publicatie heeft zij aangegeven dat dit 'te streng in de leer' is. Zie Mostermans, in: *Voorkeur voor de lex fori* 2004, p. 51.

worden, overigens onder de voorwaarde dat de gebruikelijke consequenties, die aan bewijswaardering zijn verbonden, in het geval van buitenlands recht niet van toepassing zijn.[207]

2.4.2 Kosten van het onderzoek naar vreemd recht

75 'Kosten van de rechtspraak'

Wanneer de inhoud van het vreemde recht eerst moet vastgesteld, alvorens het kan worden toegepast, zullen aan een dergelijke operatie inherent kosten zijn verbonden. De vraag rijst welke van de procesdeelnemers – of daarbuiten, zoals de staat – de kosten draagt voor het verkrijgen van informatie van buitenlands recht. Het antwoord op die vraag hangt af van het daartoe gebruikte middel om dergelijke informatie te verkrijgen.

In beginsel zullen de kosten voor het onderzoek naar de inhoud en strekking van vreemd recht voor rekening van de staat komen. Dit vloeit logisch voort uit de taak van de rechter om, als staatsorgaan, ambtshalve een dergelijk onderzoek in te stellen. Daarom worden deze kosten niet gezien als proceskosten, maar als 'kosten van de rechtspraak'.[208] Wanneer de rechter zelf onderzoek doet en daarbij bijvoorbeeld de faciliteiten van de gerechtsorganisatie – bibliotheek, databanken, Internet – gebruikt, is het evident dat de kosten daarvan voor rekening van het gerecht dan wel de staat komen. Hetzelfde kan worden gezegd voor de kosten in termen van capaciteit; eigen onderzoek door de rechter betekent immers meer tijd voor één en dezelfde zaak en dus minder tijd voor andere lopende zaken. Tijdsverlies heeft overigens ook consequenties voor de voortgang van de behandeling van de zaak, en kan dus ook voor partijen op lange termijn negatieve consequenties hebben.

Hetzelfde geldt in het geval dat de rechter geen eigen onderzoek uitvoert, maar in plaats daarvan hulp van buitenaf in te roepen door de weg van de Europese Overeenkomst van 1968 te bewandelen. Art. 15 lid 1 Europese Overeenkomst schrijft immers voor dat iedere aangesloten staat zijn eigen kosten draagt.[209] Deze kosten komen ten laste van de staatskas.[210] Deze regel lijdt slechts uitzondering in het geval van art. 6 lid 3 Europese Overeenkomst, volgens welke bepaling het verzoek om informatie wordt doorgezonden aan een particuliere instelling of een gekwalificeerd jurist. In dat geval kan het ontvangende orgaan deze kosten aan de verzendende staat doorberekenen.[211] Twee zaken zijn in het verdrag niet geregeld: de vraag aan wie moet worden betaald en de procedure voor 'recovery of costs'. Deze zaken zijn opzettelijk niet geregeld, aangezien het voor het eerste punt niet noodzakelijk was

---

207 Kosters & Dubbink, *Algemeen deel* 1962, p. 737.

208 Zoals blijkt uit de MvT bij de Goedkeuringswet, zie *Kamerstukken II* 1975-76, 13 746, (R 1012), nr. 3, p. 8. Zie ook Polak, in: *T&C Rv*, Boek 1, Afd. 7, Titel 1 Rv, Inleidende opmerkingen, aant. 3.m, en Vlas, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 15 Verdrag inlichtingen buitenlands recht 1968, aant. 1.3.

209 Aldus ook *Explanatory Report* 1968, p. 14, nr. 47.

210 Polak, in: *T&C Rv*, Boek 1, Afd. 7, Titel 1 Rv, Inleidende opmerkingen, aant. 3.m.

211 *Explanatory Report* 1968, p. 11, nr. 29, en p. 14, nr. 47.

en voor het tweede punt een interne aangelegenheid van de staat betreft.[212] Art. 15 lid 2 van de Europese Overeenkomst bepaalt dat Verdragsluitende Staten bij verdrag onderling kunnen afwijken van het bepaalde in art. 15 lid 1. Nederland heeft een dergelijke overeenkomst tot op heden niet gesloten.[213]

76 Kosten van deskundige hulp

Indien er kosten worden veroorzaakt doordat een deskundige wordt benoemd, gelden daarvoor dezelfde regels als voor 'gewone' deskundigenberichten. Omdat sprake is van een bewijsmiddel, zullen deze kosten worden gerekend tot de proceskosten. De algemene regels van de veroordeling in de proceskosten zijn de vinden in art. 237 e.v. Rv. In beginsel wordt de in het ongelijk gestelde partij veroordeeld in de kosten van het geding, tenzij deze kosten tussen de partijen worden gecompenseerd.[214] Een uitzondering bestaat voor nodeloos gemaakte kosten. Deze kunnen voor rekening worden gelaten van de partij die deze gemaakt of veroorzaakt heeft.[215]

Wanneer gebruik wordt gemaakt van een deskundigenbericht op de voet van art. 194 e.v. Rv zal het loon en de schadeloosstelling in beginsel dan ook door de verliezende partij worden gedragen. Normaliter wordt het bedrag van het loon en de schadeloosstelling bij wijze van voorschot door de eisende gedeponeerd ter griffie, tenzij de rechter anders heeft bepaald[216] (de wederpartij of beide partijen) of wanneer aan de eiser op basis van de Wet op de rechtsbijstand een toevoeging is verleend. De griffie betaalt het bedrag aan de deskundige ten laste van dit voorschot.[217] Wanneer er geen voorschot is omdat wordt geprocedeerd op basis van een toevoeging, wordt het bedrag betaald ten laste van 's Rijks kas.[218] De in de kosten van het geding verwezen partij wordt vervolgens ambtshalve veroordeeld om dit bedrag aan de griffie te voldoen.[219]

Soms kan de proceshouding van partijen ervoor zorgen dat de kosten van een deskundigenbericht nodeloos worden gemaakt, zodat deze voor rekening blijven van de partij die deze veroorzaakt heeft.[220] In een recent arrest heeft het Hof Arnhem-Leeuwarden een van de partijen veroordeeld in de kosten van een tweede deskundigenbericht, verricht door het Internationaal Juridisch Instituut.[221] In deze zaak, die de ontbinding van een huwelijk door verstoting betrof, had de man verwezen naar jurisprudentie van de Egyptische constitutionele rechtbank. De betreffende uitspraak had echter een geheel andere inhoud dan door de man was

212 *Explanatory Report* 1968, p. 14, nr. 49.
213 Polak, in: *T&C Rv*, Boek 1, Afd. 7, Titel 1 Rv, Inleidende opmerkingen, aant. 3.m.
214 Art. 237 lid 1 Rv.
215 Art. 237 lid 1 Rv.
216 Inhoudende dat de wederpartij of beide partijen het loon en de schadeloosstelling moeten betalen.
217 Art. 199 lid 1 Rv.
218 Art. 199 lid 3 Rv.
219 Art. 244 lid 1 Rv.
220 Art. 237 lid 1 Rv.
221 Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6992, *NIPR* 2016/15, r.o. 2.11.

beweerd, zodat het hof tot het oordeel kwam dat de man de stelling 'te lichtvaardig had ingenomen' en het dus gerechtvaardigd was de kosten van het extra deskundigenbericht voor zijn rekening te laten komen.

Indien de rechter aan het Internationaal Juridisch Instituut of een ander instituut, zoals het T.M.C. Asser Instituut, advies vraagt, worden de kosten gedragen door het betreffende gerecht, hetgeen afhankelijk kan zijn van de omvang van het budget. Het IJI had gedurende langere tijd een bijzondere regeling met het Ministerie van Justitie.[222] Tot 2010 werden de kosten van een advies van het IJI, wanneer deze althans door de rechter was aangevraagd, volledig gedragen door het Ministerie van Justitie en later door de Raad voor de Rechtspraak.[223] Sindsdien is de financiering van het IJI echter veranderd en krijgt het IJI een jaarlijkse 'lumpsum'; vervolgens moeten de gerechten de helft van het in rekening gebrachte uurtarief betalen.[224]

77 Kosten van partij-inlichtingen

Wanneer partijen zelf een rechtsgeleerd advies inwinnen van een buitenlandse jurist, een academisch instituut of van het IJI, en dit vervolgens in het geding inbrengen, worden de kosten daarvan in beginsel door hen zelf gedragen. De vraag rijst of deze kosten verhaald kunnen worden op de partij die in het ongelijk wordt gesteld. Betoogd kan worden dat het inwinnen van inlichtingen over buitenlands recht gezien moeten worden als buitengerechtelijke kosten in de zin van art. 6:96 lid 2 onder b BW. Anderzijds is verdedigbaar dat deze kosten te zien zijn als kosten van de voorbereiding en de instructie van de zaak, zodat deze kosten ex art. 241 Rv worden meegenomen in de proceskostenveroordeling.

Deze problematiek kwam aan de orde in het arrest *Mol/Technip Benelux BV* van het Hof 's-Gravenhage.[225] In deze zaak ging het om beweerdelijke inbreuken op het auteursrecht op software, waarbij geïntimeerde, eiseres in eerste aanleg, voor 52 landen een verbod had gevorderd. In dat verband had zij veel kosten gemaakt om inlichtingen inzake het auteursrecht van deze 52 landen te verkrijgen. Naar de mening van geïntimeerde vielen deze kosten in de zin van art. 241 Rv niet onder de proceskostenregeling van art. 237-240 Rv, omdat het zou gaan om kosten van feitenvergaring en bewijslevering. Het Hof Amsterdam volgde deze redenering om twee redenen niet. Ten eerste had geïntimeerde er zelf voor gekozen om, in plaats van in alle 52 landen een procedure te starten, voor een Nederlandse rechter te procederen, met als gevolg dat inlichtingen over buitenlands recht benodigd waren. Door te kiezen voor één procedure in Nederland had geïntimeerde dus ook kosten bespaard omdat zij geen gerechts- en advocaatkosten in het buitenland hoefde te betalen en ook de betreffende rechters niet behoefde in te lichten over het toepasselijke recht. In zoverre werden de gemaakte kosten niet als redelijk in de zin van art. 6:96 lid 2 onder b BW beschouwd. Ten tweede, zo vervolgt het Hof, kunnen de kosten van het inwinnen van inlichtingen over buitenlands recht worden

222 Blauwhoff & Keltjens, *TREMA* 2014, p. 23-24.
223 Blauwhoff & Keltjens, *TREMA* 2014, p. 23-24.
224 Blauwhoff & Keltjens, *TREMA* 2014, p. 23-24.
225 Hof 's-Gravenhage 28 september 2010, *NIPR* 2011/54, r.o. 17.1. e.v.

beschouwd als kosten ter voorbereiding en instructie van de zaak, omdat het tot de normale voorbereiden van een procedure behoort dat een partij eerst onderzoek doet naar het recht van het land dat toepasselijk is doordat de betreffende partij een verbod voor het grondgebied van een andere staat vordert.

Indien het oordeel van het hof in *Technip/Mol* kenmerkend is voor de stand van het recht betekent dit een rechtsgeleerd advies over buitenlands recht hoogstwaarschijnlijk niet voor vergoeding in de zin van art. 6:96 lid 2 onder b BW in aanmerking zal komen. In het specifieke geval van dat arrest speelde ook de proceshouding van de eiser een belangrijke rol. Het is de vraag of een een dergelijke conclusie ook zal worden getrokken wanneer de omstandigheden anders zijn.

2.4.3 Onkenbaarheid van vreemd recht

78 Dilemma

Mogelijk kan zelfs een onderzoek naar de inhoud van vreemd recht niet voldoende licht op de zaak werpen om de rechter in staat te stellen dat recht te passen. De vraag is wanneer van een dergelijke situatie sprake is en welke opties er dan voor de rechter openstaan, als hij zich althans niet schuldig wil maken aan rechtsweigering.[226] Dit dilemma wordt treffend verwoord door Jessurun d'Oliveira:[227]

> '(…) want anders staat hij (de rechter, auteur) schuldig aan rechtsweigering, ook al is het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid van het vreemde recht, subjektief gesproken, geen 'voorwendsel'.'

Kortom: wat is naar Nederlands recht de *maatstaf* die moet worden aangelegd om te concluderen dat het vreemde recht onkenbaar is? En welke *consequentie* moet aan een dergelijke constatering worden verbonden?

2.4.3.1 Maatstaf

79 Geen duidelijke maatstaf

Er is in het Nederlandse recht geen duidelijke maatstaf tot ontwikkeling gekomen op grond waarvan kan worden bepaald of de inhoud van buitenlands recht als ontoegankelijk moet worden beschouwd. Van deze ontoegankelijkheid is in ieder geval sprake in het meest basale geval dat er totaal geen informatie over de inhoud van het toepasselijke recht is te vinden ('absolute onkenbaarheid'[228]).

Toch lijkt ook in het Nederlandse recht aangenomen te worden dat, hoewel de inhoud van vreemd recht niet ontoegankelijk is, deze wegens de waarde van de zaak of de hoeveelheid tijd die het zou kosten toch niet wordt toegepast. Dit is ook wel

226 Art. 26 Rv. Zie ook Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 112.
227 Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 112.
228 Aldus ook K. Kreuzer, 'Einheitsrecht als Ersatzrecht. Zur Frage der Nichtermittelbarkeit fremden Rechts', *NJW* 1983, p. 1943-1948, op p. 1943 ('absolute Nichtermittelbarkeit').

bekend als het probleem van de 'relatieve onkenbaarheid'.[229] Ook de rechtspraak lijkt een dergelijke omstandigheid te laten meewegen, zoals blijkt uit een uitspraak van de Rechtbank Zwolle uit 1998.[230]

> Het betrof een verkeersongeval dat zich in Bulgarije had voorgedaan. Op grond van het Haags Verkeersongevallenverdrag was daarom het Bulgaarse recht van toepassing. De rechtbank had partijen al eerder in de gelegenheid gesteld om zich uit te laten over Bulgaars recht, maar zij hadden daarvan slechts gebruik gemaakt ten behoeve van de nevenvorderingen. Ten aanzien van hoofdvordering hadden zij het Bulgaarse recht onbesproken gelaten. Omdat de zaak een relatief lage waarde had (*f* 7.000,-) en een dergelijk onderzoek naar de inhoud van dat recht te kostbaar en tijdrovend zou zijn, achtte de rechter zich niet gehouden om het Bulgaarse recht ambtshalve toe te passen. Hierin werd hij blijkbaar gesterkt door de conclusie dat de partijen daartegen geen bezwaar zouden hebben, omdat uit hun eerdere stellingen afgeleid zou kunnen worden dat de gevolgen naar Bulgaars recht volgens hen niet anders zouden zijn dan naar Nederlands recht. De rechter paste daarom Nederlands recht toe op de hoofdvordering en Bulgaars recht op de nevenvorderingen.

Uit deze uitspraak blijkt dat de waarde van de zaak, in combinatie met de kans op verhoogde kosten en meer vertraging, tot gevolg kan hebben dat men beter kan afzien van een dergelijk onderzoek en de inhoud van buitenlands recht dus onkenbaar is.

De vraag of vreemd recht wel is komen vast te staan, is soms subtiel. Zo vertrouwen rechters soms op de in deskundigenbewijs opgenomen uitleg van rechtsregels, ook al heeft de rechter de exacte inhoud van die regels van vreemd recht, zelfs na ambtshalve onderzoek, niet helemaal kunnen vaststellen, in combinatie met een 'redelijke uitleg'.[231] Dit duidt erop dat de rechter weliswaar niet de primaire bronnen heeft kunnen nagaan, maar de inhoud daarvan uit de secundaire of tertiaire bron afleidt.

2.4.3.2 Consequenties

80 Geen wettelijke regeling

De wetgever heeft bij het opstellen van art. 10:2 BW geen regeling getroffen voor het geval de inhoud van het toepasselijke vreemde recht niet achterhaald kan worden. Hij heeft daarbij het standpunt van de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht overgenomen, dat het beter aan de praktijk kan worden overgelaten om van geval tot geval de meest geëigende oplossing te kiezen.[232] Wel noemt de wetgever in de Memorie van Toelichting bij Boek 10 BW een aantal benaderingen waaraan gedacht kan worden:[233]

---

229 Aldus ook Kreuzer, *NJW* 1983, p. 1943 ('relative Nichtermittelbarkeit').

230 Rb. Zwolle 4 februari 1998, *NIPR* 1998/305 (*Altun/Aslan*).

231 Zoals het Hof 's-Hertogenbosch blijkbaar had gedaan in de zaak die ten grondslag lag aan HR 5 november 1999, *NIPR* 2000/3.

232 *Kamerstukken II* 2009-10, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 9; Staatscommissie IPR, *Rapport Algemene Bepalingen*, no. 34.

233 *Kamerstukken II* 2009-10, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 9-10.

> 'Mogelijke benaderingen zouden bijvoorbeeld kunnen zijn toepassing van eenvormig recht en algemene rechtsbeginselen, toepassing van een, wel te achterhalen, verwant rechtsstelsel (indien bijvoorbeeld als toepasselijk wordt aangewezen het recht van een voormalige kolonie, welk recht ontleend is aan en (nog) gelijkenis vertoont met het recht van het moederland, zou toepassing van dit recht kunnen worden overwogen), of toepassing van de lex fori (…).'

Hiermee heeft de wetgever het advies van de Staatscommissie overgenomen, om de alternatieven in de Memorie van Toelichting te benoemen.[234]

81 Literatuur

Hoewel art. 10:2 BW geen uitdrukkelijke regeling heeft getroffen voor het geval dat buitenlands recht onkenbaar blijkt te zijn, neemt dit niet weg dat de literatuur zich over deze kwestie heeft uitgelaten. In tegenstelling tot wat de wetgever heeft beweerd,[235] lijkt de literatuur een voorkeur voor de lex fori als 'surrogaatrecht' aan de dag te leggen. Voor de rechtvaardiging daarvoor wordt daarom wel aansluiting gezocht bij het arrest van de Hoge Raad uit 2001.[236] Dit arrest betrof weliswaar niet de situatie waarin de inhoud van het toepasselijke buitenlandse recht niet te achterhalen bleek te zijn, maar die waarin vreemd recht, nadat de inhoud ervan was vast komen te staan, in strijd met de internationale openbare orde werd geacht en daarom niet werd toegepast. De Hoge Raad oordeelde dat in een dergelijke situatie de lex fori het ontstane vacuüm moet 'opvullen'.[237] Een van de redenen die de A-G aandroeg, was dat de lex fori 'haar heerschappij herneemt' wanneer het door de verwijzingsregel aangewezen buitenlandse recht in strijd met de internationale openbare orde blijkt te zijn en er dus geen goede reden is om buitenlands recht toe te passen.[238]

De redenering die door de Hoge Raad en de A-G wordt gevolgd, wordt door *NJ*-annotator De Boer ook overgenomen voor zover het gaat om de onmogelijkheid om de inhoud van vreemd recht vast te stellen.[239] Een dergelijke redenering geeft de toepassing van de lex fori voornamelijk een principiële grondslag, in die zin dat er geen goede redenen voorhanden zijn om een ander alternatief te volgen.[240] Verder wordt de toepassing van het eigen recht op proceseconomische gronden gestoeld, inhoudende dat de lex fori wordt toegepast omdat de toepassing van vreemd recht al voldoende middelen en tijd heeft gekost en de lex fori het gemakkelijkst kan worden toegepast.[241]

---

234 Zie Staatscommissie IPR, *Rapport Algemene Bepalingen IPR*, no. 34, *in fine*.
235 *Kamerstukken II* 2009-10, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 9.
236 HR 9 november 2001, *NJ* 2002/279, m.nt. ThMdB.
237 HR 9 november 2001, *NJ* 2002/279, m.nt. ThMdB, r.o. 3.3.4.
238 Conclusie A-G Strikwerda bij HR 9 november 2001, *NJ* 2001/279, ECLI:NL:PHR:2001:AD4011, no. 12.
239 De Boer, in *NJ* 2002/279, onder 4.
240 Aldus ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 214.
241 Aldus ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 215-216.

82 Bezwaren tegen lex fori als surrogaatrecht

Tegen de onverkorte toepassing van de lex fori kunnen wel bezwaren worden ingebracht.[242] Zo meent Mostermans,[243] hoewel voorstander van de lex fori-benadering, dat er ook met de lex fori problemen kunnen ontstaan indien een vreemde rechtsfiguur in het eigen recht niet voorkomt, terwijl deze wel onder het buitenlandse recht is ontstaan, zoals de trust. Een tweede bezwaar is dat de situatie problematisch kan worden indien de lex fori sterk van het toepasselijke recht verschilt, bijvoorbeeld ten aanzien van de legitieme portie in het erfrecht. Onder deze categorie kan ook het argument worden geschaard, dat met de toepassing van het eigen recht bepaalde rechten of plichten verloren gaan of juist worden gecreëerd.[244] Anderen zijn tegen de toepassing van de lex fori als *Ersatzrecht* gekant, en zijn voor de toepassing van een subsidiair toepasselijk recht.[245] De reden daarvoor is dat in een dergelijk geval van onkenbaarheid de conflictregel te kort schiet en een andere aanknopingsfactor moet worden gehanteerd, op gelijke voet als wanneer bij nationaliteitsaanknoping de nationaliteit van een partij niet kan worden vastgesteld.[246]

83 Alternatieven

Een andere optie naast de lex fori en het subsidiair toepasselijke recht is om uit te wijken naar een rechtsstelsel dat ingevolge een subsidiaire conflictregel toepasselijk is.[247] In wezen wordt dan een rechtsstelsel toepasselijk dat weliswaar verbonden is met de rechtsverhouding, maar waarmee niet noodzakelijkerwijs de nauwste band aanwezig is. Vooral Lemaire was een groot voorstander van deze oplossing.[248] Dit alternatief kan voornamelijk een rol spelen wanneer de conflictregel een samengestelde aanknopingsfactor kent. Wanneer sprake is van een conflictregel met een enkelvoudige aanknopingsfactor, kunnen daarentegen problemen ontstaan. Ook Mostermans[249] meent dat aan deze oplossing bezwaren kleven. Zij vraagt zich af waarom de lex fori zou moeten wijken voor een ander recht, dat evenmin de nauwste band met de rechtsverhouding heeft.[250]

---

242 Bijvoorbeeld Van Brakel 1953, p. 56.

243 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 68-69.

244 Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 215.

245 Aldus Lemaire, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 1968, p. 12-13.

246 Lemaire, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 1968, p. 13. Voor de niet-vaststelbaarheid van de nationaliteit, zie art. 10:16 lid 1 BW.

247 Van Den Eeckhout, 'The Netherlands', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 384; Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 112.

248 Lemaire, *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 1968, p. 12-13.

249 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 68.

250 Dit stelt zij onder verwijzing naar Th.M. de Boer, 'Buitenlands recht onder de loupe. Problemen rond de toepassing van buitenlandsrecht', in: Th.M. Bervoets e.a. (red.), *Hoe vreemd is buitenlands recht? Opstellen over de positie van buitenlands recht in het burgerlijk proces. Symposion gehouden op 11 mei 1979*, Deventer: Kluwer 1979, p. 9-37, op p. 34-35.

Een enkele auteur heeft wel de toepassing van een materiële norm voorgestaan. Hierbij kan het gaan om een zeer algemene norm als billijkheid[251] of om de toepassing van algemeen aanvaarde rechtsbeginselen.[252] In deze categorie past ook de toepassing van eenvormig recht – zoals het Weens Koopverdrag – om of algemeen aanvaarde 'principles' door de rechter kunnen worden toegepast. Deze laatste betreffen op grond van rechtsvergelijkend onderzoek ontworpen, niet-statelijke regels van materieel recht als de *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* of de *Principles of European Contract Law* (PECL).[253] Met name Boele-Woelki heeft de optie verdedigd om eerst de weg van het eenvormig recht en algemene rechtsbeginselen te volgen, voordat wordt overgegaan tot de toepassing van het forale recht,[254] omdat een dergelijk alternatief rekening houdt met '(…) de postulaten van rechtszekerheid, bruikbaarheid en acceptatie'.[255]

Een ander alternatief is de toepassing van een recht waarmee het normaliter toepasselijke recht nauw verbonden is en waarvan de inhoud, in tegenstelling het laatstgenoemde recht, wél achterhaald kan worden. Daarbij kan het gaan om een vanuit rechtsvergelijkend oogpunt 'verwant' recht, zoals het zogenaamde 'moederrecht' (Frans recht in plaats van Belgisch recht) of een qua tijd verwant recht, zoals een ouder recht (zoals, in Nederland, het BW van 1838).[256] Deze oplossing is echter, vanwege de onduidelijkheid van het concept 'verwantschap', ook wel omstreden.[257] Overigens kan de toepassing van een verwant recht als surrogaatrecht gemakkelijk worden verward met andere situaties waarin een het recht van een derde staat soms gezaghebbend kan zijn bij uitlegproblemen. Een bekend voorbeeld is de uitleg van het Monegaskische recht aan de hand van het Franse recht.[258] Ook is daarvan het geval te onderscheiden waarin een voormalige kolonie werd beheerst door het rechtsstelsel van de koloniale overheerser en dit recht na de onafhankelijkheid gehandhaafd is gebleven.[259]

Een oplossing die in de literatuur in ieder geval wordt afgewezen, is die van de afwijzing van vordering, verzoek of verweer. Aangenomen wordt dat een dergelijke

---

251 Van Brakel 1953, p. 56.

252 Vgl. de 'general principles of law recognized by civilized nations' in art. 38 lid 1 sub c van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof.

253 K. Boele-Woelki, 'De toepassing van een surrogaatrecht', in: G.E. Schmidt & J.A. Freedberg-Schwartzburg (red.), *Het NIPR geannoteerd. Annotaties opgedragen aan Dr. Mathilde Sumampouw*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1996, p. 3-12, op p. 9-11.

254 Boele-Woelki, in: *Het NIPR geannoteerd* 1996, p. 12. Zie ook Staatscommissie IPR, *Rapport Algemene Bepalingen*, no. 34.

255 Boele-Woelki, in: *Het NIPR geannoteerd* 1996, p. 9. Peters meent dat er geen grondslag voor dergelijke alternatieven is, zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 214.

256 Aldus Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 67-68, en Boele-Woelki, in: *Het NIPR geannoteerd* 1996, p. 8-9.

257 Zie bijvoorbeeld Boele-Woelki, in: *Het NIPR geannoteerd* 1996, p. 8-9.

258 Aldus Boele-Woelki, in: *Het NIPR geannoteerd* 1996, p. 8-9, onder verwijzing naar rechtspraak.

259 Zie bijvoorbeeld Rb. Groningen 2 augustus 2011, *NIPR* 2012/42; Rb. Rotterdam 29 maart 1985, *NIPR* 1985/424. Wel kan men zich afvragen of in dat geval niet te gemakkelijk aansluiting wordt gezocht bij het recht van de vroegere kolonisator. Zo bleek uit de Groningse zaak niet of de rechter ook daadwerkelijk onderzoek had gedaan naar het Gambiaanse recht.

benadering neerkomt op een schending van het verbod van rechtsweigering.[260] Er is wel betoogd dat dit anders is wanneer de rechtstoepassing afhankelijk is van de medewerking van partijen.[261] Zo wijst Boele-Woelki op twee rechterlijke uitspraken, waarin in een interpersoneel geval aan partijen werd gevraagd tot welke religie zij behoorden, welk verzoek niet werd beantwoord. De rechter wees daarom de vordering af. Het is echter de vraag of het door Boele-Woelki aangehaalde geval wel het buitenlandse recht betrof. Immers, de religie van partijen was een feit dat de toepasselijkheid van het ene of het andere religieuze normencomplex tot gevolg had. Doordat dit feit – wat eerder een interpersonele aanknopingsfactor is – niet was vastgesteld, was de rechter niet in staat het toepasselijke religieuze recht te bepalen. Met de kennis van dat recht heeft dat op zich niets uitstaande. Het is wel de vraag, of niet-ontvankelijkverklaring van de eiser in kort geding, op de grond dat de zaak zich niet leent voor behandeling in kort geding, niet op een afwijzing van de vordering, het verzoek of het verweer neerkomt. Dit komt aan de orde in paragaaf 24.5.1.

2.4.4 Interpretatie van vreemd recht

84 Wederom geen wettelijk voorschrift

Indien de rechter de inhoud van het buitenlandse recht heeft weten vast te stellen, zal de vraag aan de orde kunnen komen hoe dat recht vervolgens toegepast moet worden. Over dit probleem van de interpreatie van buitenlands recht zegt art. 10:2 BW in beginsel niets. Ook in het *Rapport Algemene Bepalingen* heeft de Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht zich op het standpunt gesteld dat een uitdrukkelijke bepaling niet noodzakelijk is. Het is echter de heersende leer dat de Nederlandse rechter het buitenlands recht dient uit te leggen overeenkomstig de wijze waarop het recht in het land van herkomst wordt toegepast.[262] Dit is ook in de Memorie van Toelichting bij art. 10:2 BW bevestigd.[263]

Ook uit de jurisprudentie blijkt dat de rechter de plicht heeft het buitenlandse recht aldus te interpreteren. Zo is er het arrest van de Hoge Raad van 1937[264] inzake een Engelse scheidsrechterlijke uitspraak, waarvan hier te lande om uitvoerbaarverklaring werd verzocht. De Hoge Raad oordeelde dat het een rechter moeilijk kan worden verweten indien hij bij de toepassing van vreemd recht te rade gaat bij de

---

260 Art. 26 Rv. De Boer, in: *Hoe vreemd is buitenlands recht?* 1979, p. 28, stelt dat de ontoegankelijkheid niet mag leiden tot rechtsweigering (zonder evenwel de afwijzing van de vordering met zoveel woorden te noemen); Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 67, noemt het 'principeel onjuist'.

261 Boele-Woelki, in: *Het NIPR geannoteerd* 1996, p. 11.

262 Aldus Asser/Vonken *10-I* 2018/405; Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 202; E.N. Frohn, 'Toepassing van buitenlands recht door de Nederlandse jurist', in: P. Vlas e.a.d (red.), *Globalisering van het IPR in de 21e eeuw*, Deventer: Kluwer 1999, p. 75-86, op p. 78-79; De Boer, in: *Hoe vreemd is buitenlands recht?* 1979, p. 23. Dit was ook in de oudere literatuur al de heersende opvatting, zie Jitta 1916, p. 13-14; Van Brakel 1953, p. 56-57; Sauveplanne 1958, p. 184; Kosters & Dubbink, *Algemeen deel* 1962, p. 738-742.

263 *Kamerstukken II* 2009-10, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 9.

264 HR 28 juni 1937, *NJ* 1938/1 (*Engelse Arbitration Act*).

rechter van het land welks recht hij dient toe te passen, om zo de inhoud van dat vreemde recht te kunnen achterhalen. Ook het feit dat het Hof enkel gebruik maakte van een door een partij overgelegd stuk maakt daarbij niet uit. In de lagere rechtspraak wordt eveneens aangenomen dat de letterlijke wettekst van een vreemd rechtsstelsel niet volstaat, maar dat ook aangesloten moet worden bij de wijze waarop dat recht in de vreemde staat wordt toegepast.[265]

85 Onderscheid met verwante kwesties

Het probleem van interpretatie van vreemd recht kan soms gemakkelijk worden verward met de situatie, waarin de inhoud van het toepasselijke recht niet te achterhalen blijkt te zijn. Zo is er een uitspraak van de Rechtbank 's-Gravenhage,[266] waarin de vraag aan de orde kwam of een door de erflater geschreven holografisch testament, dat in tegenspraak was met een eerder testament, naar het toepasselijke Monegaskische recht geldig was. Omdat er geen recente Monegaskische literatuur over deze problematiek bestond, en ook de Monegaskische rechtspraak herhaaldelijk verwees naar Franse rechtspraak en literatuur als de Monegaskische wetsbepaling gelijkluidend is aan de Franse, oordeelde de rechtbank dat voor de uitleg van art. 338 *Code Civil de Monaco* kon worden aangeknoopt bij de Franse rechtspraak en literatuur. Enerzijds zou men kunnen oordelen dat het hier een kwestie van ontoegankelijkheid betreft, omdat er geen recente Monegaskische literatuur bestond, en in die zin het Monegaskische recht niet achterhaald kon worden. Om die reden zou aansluiting bij het Franse recht gezocht worden. Verdedigbaar is echter ook de opvatting dat sprake is van een kwestie van uitleg van vreemd recht. Immers, de Monegaskische literatuur en rechtspraak maakte van dezelfde uitlegmethoden gebruik. In casu betrof het de uitleg van vreemd recht door de rechter op dezelfde wijze als dat geschiedt in Monaco en is om die reden eerder te classificeren als een geval van uitleg van vreemd recht. Dit voorbeeld laat zien dat beide gevaltypen gemakkelijk in elkaar kunnen overlopen. Betoogd kan immers worden, dat de juiste interpretatie van vreemd recht eveneens deel uitmaakt van het recht zelf.

2.4.5 Kort geding en verstekprocedures

86 Kort geding

Uit het voorgaande is gebleken dat in het Nederlandse burgerlijk proces het principe *iura novit curia* ook geldt in internationaal verband, in die zin dat conflictregels en regels van buitenlands recht ambtshalve door de rechter dienen te worden toegepast. Verder is aandacht besteed aan de vraag welke middelen de Nederlandse rechter ter beschikking staan om de inhoud en strekking van buitenlands recht te kennen en op welke wijze gehandeld kan worden indien het buitenlandse recht ontoegankelijk is. Tot zover is daarbij steeds de bodemprocedure als uitgangspunt

265 Rb. Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16252, *NIPR* 2017/147.

266 Rb. 's-Gravenhage 11 maart 1992, *NIPR* 1992/328, *WPNR* 1992 (6065), p. 727-729, m.nt. Ten Wolde. Zie ook Boele-Woelki, in: *Het NIPR geannoteerd* 1996, p. 8-9.

genomen. Het is de vraag hoe een en ander zich verhoudt tot de procedure in kort geding, waarin overwegingen als spoedeisendheid, belangenafweging en het beginsel van accessoriteit een rol spelen.[267]

In de Memorie van Toelichting bij art. 10:2 BW wordt de heersende leer bevestigd: de rechter dient ook in kort geding de conflictregel en het buitenlandse recht ambtshalve toe te passen. Er wordt daarbij onderscheid gemaakt tussen de toepassing van het conflictenrecht en van het buitenlands recht. Met betrekking tot het conflictenrecht wordt opgemerkt dat er een nauwe band bestaat tussen voorlopige voorziening en bodemprocedure; het zou onwenselijk zijn indien in een kort geding en in een bodemprocedure verschillende conflictregels zouden worden gehanteerd, zelfs indien het in een kort geding slechts gaat om een voorlopige beoordeling. Dit geldt ook voor buitenlands recht, zij het dat in de Memorie van Toelichting in dat kader wel een aantal "concessies" aan de strenge leer van ambtshalve toepassing worden gedaan. Zo wordt er ruimte gelaten voor uitzonderingen op de ambtshalve toepassing van vreemd recht indien bij wijze van ordemaatregel op zeer korte termijn een voorziening moet worden gegeven. Het kan dan praktisch onuitvoerbaar zijn om de inhoud van buitenlands recht te achterhalen:[268]

> 'Ook indien in aanmerking wordt genomen dat in kort geding minder strenge motiveringseisen gelden dan in een bodemprocedure, kunnen zich derhalve gevallen voordoen waarin er niet aan valt te ontkomen dat de belangen die gediend worden door de toepassing van het aangewezen vreemde recht, moeten wijken voor het belang van een onverwijlde voorziening, hetgeen meebrengt dat de rechter de lex fori, dat wil zeggen Nederlands recht, toepast.'

De gronden hiervoor zijn volgens de Memorie van Toelichting te vinden de eisen van een goede rechtsbedeling, die meebrengen dat art. 25 Rv en 10:2 BW toepassing missen in een geval waarin de uitspraak slechts een ordemaatregel betreft. Er wordt ook gewezen op de mogelijkheid van een processuele rechtskeuze, mits het een geschil betreft inzake rechten die ter vrije beschikking van partijen staat.

De Staatscommissie heeft in haar rapport het onderscheid gemaakt tussen enerzijds het kort geding als ordemaatregel en anderzijds de rechtssprekende functie van het kort geding. In het eerste geval kan toepassing van de lex fori worden verdedigd, terwijl in het laatste geval de conflictregel en de regels van buitenlands recht ambtshalve toegepast zullen dienen te worden. Zij sluit zich daarmee aan bij de heersende opvatting dat conflictenrecht en vreemd recht ook in kort geding ambtshalve toepassing moeten vinden.[269] Dit uitgangspunt wordt gemitigeerd door de mogelijkheid voor de rechter om minder uitvoering onderzoek te doen of door van partijen te verwachten dat zij een actievere rol hebben ten aanzien van de vaststelling van de inhoud van het buitenlands recht.[270]

Tot op heden heeft de Hoge Raad nooit geoordeeld over de vraag of, en zo ja, in hoeverre de rechter in kort geding verplicht is conflicten- en buitenlands recht toe te passen.

---

267 Zie Kramer, *Kort geding* 2001, p. 291-293.
268 *Kamerstukken II*, 2009-10, 32 137, nr. 3, p. 10.
269 Zie ook Kramer, *Kort geding* 2001, p. 314-315 en 328-329.
270 Zie daarvoor Kramer, *Kort geding* 2001, p. 321-323.

87 Verstek

Wanneer de gedaagde partij niet verschijnt en aan haar verstek wordt verleend, moet de rechter de vordering toewijzen tenzij deze hem ongegrond of onrechtmatig voorkomt. Voor wat betreft de onrechtmatigheid betekent dit dat de rechter, volgens de algemene leer, ambtshalve moet bepalen welk recht van toepassing is en hoe dit recht luidt.[271] Om het toepasselijke recht te bepalen kan hij desnoods nadere inlichtingen van de eiser verlangen om zo de feiten te verkrijgen die nodig zijn.[272] Een processuele rechtskeuze is daarbij in beginsel uitgesloten, tenzij het gaat om een eenzijdige rechtskeuze in de zin van art. 10:56 BW.[273]

2.5 Conflicten- en buitenlands recht in appel en cassatie

2.5.1 Appel

2.5.1.1 De vraag naar het toepasselijke recht in hoger beroep

88 Algemeen

Aangenomen wordt dat de vraag naar het toepasselijke recht wordt ingekaderd door de grenzen van de rechtsstrijd, zoals deze in appel worden getrokken. Zoals gebleken is in paragraaf 2.2.4. wordt het hoger beroep immers gekenmerkt door het leerstuk van de devolutieve werking, zodat in beginsel de gehele zaak wordt 'afgewenteld' op de hogere rechter. Op haar beurt wordt de devolutieve werking weer beperkt door het grievenstelsel.

Mostermans heeft in haar dissertatie een handzame indeling gemaakt van de scenario's die zich kunnen voordoen indien in appel de vraag naar het toepasselijke recht opkomt.[274] Zo onderscheidt zij, naast de situatie dat het aangevochten oordeel van de lagere rechter geen enkele overweging over het toepasselijke recht bevat, nog de gevallen waarin (1) de conflictenrechtelijke beslissing van de lagere rechter wordt bestreden in de grieven, waarin (2) die beslissing weliswaar niet in de grieven wordt bestreden, maar waarin geïntimeerde in eerste aanleg heeft aangevoerd dat een ander recht toepasselijk was dan het recht dat uiteindelijk is toegepast, en (3) de conflictenrechtelijke beslissing onbestreden blijft én geïntimeerde in eerste aanleg niet de toepasselijkheid van een ander rechtsstel dan toegepast heeft bepleit.

Ook Peters heeft in zijn dissertatie vergelijkbare scenario's geschetst als Mostermans, maar heeft daarbij ook aandacht besteed aan het onderscheid incidenteel appel en principaal appel, en aan het onderscheid tussen een grief tegen de toegepaste conflictregel en een grief tegen de rechtsaanwijzing.[275] Aangezien de

271 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 135.
272 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 135.
273 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 133, die het nog over de voorloper van art. 10:56 BW, nl. art. 1 WCE, heeft.
274 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 152-165.
275 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 176-194.

omstandigheid dat sprake is van incidenteel appel geen bijzondere consequentie heeft voor de toepassing van conflicten- en vreemd recht, zal dit hier verder niet worden besproken.[276] Voorts heeft Peters nog aandacht besteed aan de vraag, of er in plaats van een grief wellicht nog een verweer met een conflictenrechtelijke strekking wordt aangevoerd in appel. Aangezien in beide gevallen het conflictenrechtelijke debat wordt geopend, lijkt het niet opportuun om dit laatste onderscheid ook hier toe te passen.

89 Overzicht scenario's

Een synthese van de indelingen van Mostermans en Peters leidt tot de volgende te onderscheiden scenario's:

i. de rechtbank heeft zich niet uitgelaten over het toepasselijke recht;
ii. de rechtbank heeft zich uitgelaten over het toepasselijke recht, en:
   a. er is een grief verweer aangevoerd, gericht tegen de rechtsaanwijzing c.q. de toegepaste conflictregel;[277]
   b. er is grief noch verweer tegen conflictenrechtelijke beslissing aangevoerd, maar in eerste instantie door geïntimeerde wel andere stellingen betrokken;
   c. er is grief noch verweer tegen de conflictenrechtelijke beslissing aangevoerd, en geïntimeerde had in eerste aanleg ook geen ander standpunt.

Het eerste scenario (i) is dat de rechtbank zich niet heeft uitgelaten over het toepasselijke recht. In dat geval, zo oordelen zowel Mostermans als Peters, moet de appelrechter bij gegrondbevinding van een grief alsnog het debat naar het toepasselijke recht openen, tenzij hij anders daarmee buiten de feitelijke grondslag van de rechtsstrijd in appel zou treden. In zekere zin is de taak van de appelrechter dan niet anders van de rechter in eerste aanleg, met dit verschil dat de feitelijke grondslag van de rechtsstrijd in appel mogelijk beperkter is.

Het tweede scenario (ii) houdt in dat de lagere rechter zich in zijn oordeel wél heeft uitgelaten over het toepasselijke recht. Er wordt een onderscheid gemaakt op basis van de vraag óf er wordt gegriefd tegen de conflictenrechtelijke beslissing, en zo nee, of er in eerste aanleg andere stellingen door geïntimeerde zijn betrokken inzake het toepasselijke recht.

In geval er een grief of verweer tegen de conflictenrechtelijke beslissing is genomen (ii.a.), betekent dit dat dit debat in appel weer geopend is en de appelrechter het conflictenrecht moet toepassen.[278] Interessant is het door Peters gemaakte onderscheid interessant tussen een situatie waarin wordt gegriefd tegen de toegepaste conflictregel en die waarin een klacht over de rechtsaanwijzing wordt aangevoerd. Terwijl het in de eerste situatie gaat om de toepassing van een verkeerde conflictregel – dat volgens Peters dan ook past binnen de door de grieven

276 Zo ook Peters zelf, die aangeeft dat voor incidenteel appel hetzelfde geldt als voor principaal appel en de door hem genoemde vijf scenario's eveneens kunnen plaatsvinden. Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 186.

277 Zoals hierna zal worden behandeld, wordt hierin wel een onderscheid gemaakt.

278 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 155; Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, 176-180.

ontsloten rechtsstrijd – gaat het in het tweede geval om de wijze waarop de conflictregel is toegepast.[279] Peters baseert dit op het oordeel van de Hoge Raad in *Universal/Balunan*,[280] waarin het, kort gezegd,[281] ging om de toepassing van art. 6 lid 1 EVO door de kantonrechter in een arbeidszaak, terwijl deze bepaling temporeel niet van toepassing was. Omdat daarover in hoger beroep niet was geklaagd, had de rechtbank als appelrechter volgens de Hoge Raad niet de vrijheid om de toepassing van dat artikel ter discussie te stellen. De appellant had slechts geklaagd over het toegepaste recht (Nederlandse dwingende bepalingen van arbeidsrecht in plaats van het in de arbeidsovereenkomst gekozen Schotse recht) en niet over de toepasselijkheid van art. 6 EVO als zodanig.

Het is de vraag of men dit arrest kan veralgemeniseren. Er kleefde immers een overgangsrechtelijk aspect aan deze zaak. Daardoor kan de vraag naar de juiste conflictregel zodanig met de feiten verbonden zijn geweest, dat de appelrechter deze alleen maar kon beantwoorden door buiten de feitelijke grondslag van het geschil te treden. Mocht dit niet het geval zijn, dan betekent dit inderdaad dat de partij-invloed op het toepasselijke recht in appel uitermate groot is. Ook rijst dan de vraag of het de appelrechter wel is toegestaan de toepassing van het conflictenrecht als zodanig te toetsen wanneer één der partijen zich slechts beklaagt over de wijze waarop het materiële buitenlandse recht is toegepast.

Voorts kan zich de situatie voordoen dat de conflictenrechtelijke beslissing van de lagere rechter niet wordt aangevochten (ii.b.), maar geïntimeerde in eerste aanleg wel stellingen heeft betrokken die opnieuw relevant kunnen worden bij gegrondbevinding van de grief. In dat geval dient de appelrechter deze stellingen opnieuw te beoordelen. Dit betreft een toepassing van de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel. Een uitzondering op deze plicht geldt wanneer geïntimeerde de stellingen die in eerste aanleg zijn gedaan in appel heeft prijs gegeven.

Wanneer er naast het ontbreken van een grief of verweer inzake de conflictenrechtelijke beslissing in eerste aanleg, geïntimeerde ook geen andere stellingen in eerste aanleg heeft betrokken, dient de appelrechter zich te onthouden van het doen van een onderzoek naar het toepasselijke recht.

90 Openbare orde

Tot slot kan nog worden gewezen op de algemene, in het appelprocesrecht geldende uitzondering van de openbare orde, in welk geval de appelrechter verplicht is tot ambtshalve toepassing, zelfs indien hij daarmee grenzen van rechtsstrijd in hoger beroep zou overschrijden. Zoals eerder al is aangegeven, is voor twijfel vatbaar of conflictregels van openbare orde kunnen zijn. Over het algemeen wordt echter aangenomen dat conflictregels naar Nederlands recht niet van openbare orde zijn.[282]

---

279 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 176-178.

280 HR 31 mei 2002, *NJ* 2003/344, m.nt. ThMdB.

281 Voor een uitgebreidere beschrijving, zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 176-178.

282 Zie paragaaf 2.3.2.3.

2.5.1.2 Buitenlands recht

91 Algemeen

De toepassing van buitenlands recht kan in hoger beroep eveneens aan de orde komen. Voor zover het hof daarbij binnen het door de grieven ontsloten gebied blijft, geldt daarvoor eveneens dat de rechter ambtshalve het buitenlandse recht heeft toe te passen (art. 10:2 BW). Aangezien het daarbij voornamelijk gaat om de toepassing van buitenlands materieel privaatrecht, geldt daarvoor in beginsel hetzelfde als voor de toepassing van Nederlands recht ex art. 25 Rv. Mogelijk heeft de appelrechter (ambtshalve) onderzoek naar vreemd recht te verrichten. Voor wat betreft de devolutieve werking van het appel zij opgemerkt dat in de situatie, waarin een grief gegrond wordt bevonden, de stellingen die geïntimeerde in eerste aanleg heeft gedaan in beginsel weer in de beoordeling kunnen worden meegenomen. Dit kunnen stellingen inzake vreemd recht betreffen. Het hof zal dan deze stellingen, eventueel na ambtshalve gedaan onderzoek naar de inhoud van dat buitenlandse recht, opnieuw moeten beoordelen.

92 Openbare orde

Zoals reeds eerder al aangegeven, kan de openbare orde in processuele zin een uitzondering op het grievenstelsel vormen. Wanneer immers sprake is van rechten waarover partijen niet vrijelijk kunnen beschikken, heeft de appelrechter de taak om die rechtsgronden ambtshalve, zo nodig buiten de grieven om, toe te passen. In het geval van het conflictenrecht trad daarbij de vraag op, of conflictregels wel van openbare orde kunnen zijn. Wanneer echter sprake is van de toepassing van buitenlands materieel privaatrecht, lijkt de processuele openbare orde nog een extra dimensie te hebben. Want in principe moet de appelrechter rechtsgronden die de openbare orde betreffen ook aanvullen wanneer die van vreemde herkomst zijn, desnoods buiten de grieven om. De vraag is echter: aan de hand van welk recht wordt bepaald of dergelijk recht van openbare orde is? Is dat een processuele vraag, die ex art. 10:3 BW *de lege fori* moet worden beantwoord? Of is dat een materiële vraag, zodat het toepasselijke, materiële recht het openbare orde karakter bepaald? Of is dat afhankelijk van het mogelijke openbare orde-karakter van de conflictregel? Deze vragen lijken in het Nederlandse recht nog niet uitgekristalliseerd te zijn.

93 Gebruik van andere onderzoeksmethoden?

Een probleem dat eigen is aan de behandeling van vreemd recht in appel, speelt op het terrein van de keuze van de wijze waarop de inhoud van vreemd recht zal worden vastgesteld. De vraag rijst of de appelrechter zich daarbij nog iets gelegen moet laten liggen aan de middelen die de lagere rechter heeft gebruikt om de inhoud van het toepasselijke recht te achterhalen. Mag een in eerste aanleg gehoorde deskundige opnieuw worden gehoord? Mag, indien via de weg van de Europese Overeenkomst van 1968 informatie is verzocht, opnieuw die weg gevolgd worden om verbeterde inlichtingen te verkrijgen? Of moeten dan aanvullende middelen

worden geprobeerd? Er valt immers iets voor te zeggen dat de appelrechter anders het risico loopt dat een deskundige of een buitenlandse autoriteit over diens eigen werk, in eerste aanleg verricht, moet 'oordelen', en dus het verwijt kan krijgen niet (meer) onpartijdig te zijn.

2.5.2 Cassatie

94 Situaties

Gezien het bijzondere karakter van de cassatie, dat immers geen volledige laatste instantie betreft maar waarbij de Hoge Raad slechts de schending van het recht of verzuim van vormen door de lagere rechter toetst,[283] heeft de toepassing van conflicten- en buitenlands recht daar een geheel andere invulling. Men kan in dat verband drie situaties onderscheiden. Ten eerste kan het gaan om de situatie waarin de Hoge Raad wordt gevraagd een verkeerde toepassing van conflictenrecht of vreemd (materieel) recht te toetsen. Ten tweede kan het gaan om het verwerpen van het cassatieberoep na toepassing van conflicten- en buitenlands recht. Tot slot kan het gaan om toepassing van conflicten- en buitenlands recht door de Hoge Raad, wanneer deze besluit de zaak na vernietiging van de bestreden uitspraak zelf af te doen.

95 Rechtsklacht

Om met de eerste situatie (rechtsklacht over de toepassing van conflicten- of vreemd recht) te beginnen, kan de onjuiste toepassing van conflictregels in cassatie worden getoetst. Conflictregels zijn immers regels van Nederlands recht, en hun uitleg en toepassing kan daarom in hoogste instantie aan de orde worden gesteld. Daarentegen is cassatie wegens schending van buitenlands recht door de lagere rechter niet mogelijk. Art. 79 lid 1 RO schrijft voor dat cassatie kan plaatsvinden wegens schending van het recht 'met uitzondering van het recht van vreemde staten'.

Hoewel de schending van vreemd recht als cassatiegrond dus uitdrukkelijk is uitgesloten, is deze uitsluiting niet zonder slag of stoot in de wet blijven staan. In art. 99 RO (oud), die vanaf 1963 dezelfde inhoud kende als het huidige art. 79 RO, was reeds bepaald dat de schending van vreemd recht geen grond voor cassatie kon opleveren. In dit verband, maar ook voor het Nederlandse internationaal privaatrecht in het algemeen, is 1963 een belangrijk jaar vanwege de herziening van het RO. Tot die tijd bepaalde art. 99 RO (oud) dat slechts schending van de "wet" mogelijk was, en aangezien een groot deel van het Nederlandse ipr ongeschreven was bleef rechtsontwikkeling van het ipr door de Hoge Raad grotendeels uit.[284] Met de wijziging van art. 99 RO (oud) in 1963 is daarin weliswaar verandering gekomen, maar de kwestie van buitenlands recht, tijdens de parlementaire behandeling nog aan de orde gekomen, is echter buiten het bereik van cassatietoetsing gebleven.[285]

---

283 Zie, o.a., Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 196.

284 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/10.

285 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/101, onder a; Korthals Altes, *Losbl. Rv*, Elfde Titel. Van het rechtsgeding in cassatie, aant. 5 (art. 99 RO).

Voor het niet toestaan van een rechtsklacht over de toepassing van het recht van een andere staat worden drie argumenten voorgedragen.[286] Zo zou de Hoge Raad niet de taak hebben om de juiste toepassing van vreemd recht te waarborgen, maar slechts die van het eigen recht. Verder zou de Hoge Raad niet in staat zijn om de toepassing van buitenlands recht te controleren; indien daarbij fouten zouden worden gemaakt, zou dat het 'prestige' van de Hoge Raad aantasten.[287] Voorts zou dit rechtscollege te zwaar worden belast indien ook rechtsklachten inzake vreemd recht mogelijk zouden zijn.[288]

96 Motiveringsklacht

Ook al kan een rechtsklacht over de toepassing van vreemd recht in cassatie niet slagen, neemt dit niet weg dat cassatie wel mogelijk is op basis van een motiveringsklacht. Feitenrechters moeten de toepassing van het buitenlandse recht in voldoende mate motiveren en in geval van een gebrekkige of onbegrijpelijke motivering, kan vernietiging van de bestreden uitspraak plaatsvinden. Deze mogelijkheid is al toegepast in het arrest *Stadtjugendamt Iserlohn*.[289] In hoeverre die mogelijkheid aanwezig is, hangt af van de omstandigheden van het geval.

Advocaat-Generaal Strikwerda heeft in zijn conclusie bij het *Transatlantic*-arrest[290] een interessante analyse van de dan toe bestaande jurisprudentie gegeven.[291] Deze komt erop neer dat hij twee 'elementen' in de jurisprudentie van de Hoge Raad naar voren ziet komen. Ten eerste, zo stelt Strikwerda, dient de uitleg van het vreemde recht door de lagere rechter de door hem genomen beslissing te kunnen dragen, als onderdeel van het algemene vereiste dat de rechter voldoende inzicht moet geven in de door hem gevolgde redenering en een duidelijk vonnis moet uitspreken.[292] Ten tweede mag de feitenrechter bij de vaststelling van de inhoud van het buitenlands recht niet zonder meer voorbij gaan aan de stellingen van partijen, gezien de bijzondere positie die buitenlands recht in onze rechtsorde inneemt, zo meent Strikwerda.[293] Het tweede element brengt volgens Strikwerda mee dat enerzijds de rechter zijn uitleg en zijn bevindingen van het onderzoek naar het buitenlands recht ten opzichte van partijen dient uit te leggen. Aan de andere kant zou de rechter minder hoeven te motiveren als partijen weinig tot niets hebben gesteld over het buitenlandse recht. Zij kunnen dan niet klagen over het feit dat de

---

286 Zo ook Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 130-155.

287 Kritisch: Vermeulen, in: *Wie is de Mol?* 2014, p. 245-246, die juist meent dat het aanzien van de Hoge Raad meer gediend is bij een weloverwogen behandeling van vreemd recht in cassatie.

288 Zie Vermeulen, in: *Wie is de Mol?* 2014, p. 246-247.

289 HR 2 april 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB3504, *NJ* 1977/124. Volgens Jessurun d'Oliveira in zijn noot bij HR 3 december 1982, *RvdW* 1982/212, in *AA* 1983, p. 385-390, was de Hoge Raad vrij laat met het ontwikkelen van deze mogelijkheid.

290 HR 17 maart 1989, *NJ* 1990/427, m.nt. JCS.

291 Deze jurisprudentie is begonnen met HR 2 april 1976, *NJ* 1977/124.

292 Onder verwijzing naar HR 2 april 1976, ECLI:NL:HR:1976:AB3504, *NJ* 1977/124, en HR 31 mei 1985, *NJ* 1985/717.

293 Conclusie bij HR 17 maart 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0680, *NJ* 1990/427, m.nt. JCS, no. 3.13. Onder verwijzing naar HR 26 maart 1982, *NJ* 1982/318, en HR 3 december 1982, *NJ* 1983/354.

rechter weinig inspanningen heeft verricht om de inhoud van buitenlands recht te achterhalen, of over het feit dat de rechter niet duidelijk is over de gebruikte bronnen.[294]

Er lijkt sinds een aantal jaren echter een beperking te worden aangebracht in de rechtspraak van de Hoge Raad, voor zover het althans gaat om motiveringsklachten.[295] Sinds een ruim decennium lijkt de Hoge Raad als voorwaarde te stellen, dat de beoordeling van de motiveringsklachten niet tot gevolg moet hebben dat ook de juistheid van het oordeel van het hof over de inhoud en de uitleg van het buitenlandse recht in de beoordeling wordt betrokken.[296] Dit lijkt evenwel ingegeven te worden door de overweging, dat niet langs de weg van een motiveringsklacht wordt geprobeerd om een rechtsklacht aan te voeren.

De Hoge Raad is gaat niet ruimhartig om met de mogelijkheid om op grond van een motiveringsklacht het oordeel van de lagere rechter te casseren. Zo is het feit dat de lagere rechter een advies van twee deskundigen – het IJI en een hoogleraar uit de betrokken staat – naast zich neerlegt niet voldoende om van een onbegrijpelijk oordeel te spreken, indien de rechter zich baseert op de uitleg van (een vertaling van) een vreemde wetsbepaling en de overgelegde opininies geen rechtspraak vermelden die zo'n uitleg zouden weerleggen. Daarbij speelt ook een rol dat de rapportage van het IJI volledig was gebaseerd op het oordeel van een advocaat.[297]

97 Overige situaties

Ook kan de toepassing van de conflictregel en het vreemde recht aan de orde komen wanneer de Hoge Raad een cassatieberoep verwerpt ofwanneer hij, na gegrondbevinding van een cassatieberoep, zelf de zaak afdoet en zich daarbij genoodzaakt ziet om de vraag naar het toepaselijke recht te behandelen.[298] Tot slot heeft Jessurun d'Oliveira erop gewezen dat de Hoge Raad niet alleen een cassatiefunctie heeft, maar ook een adviesfunctie. Op grond van art. 74 RO kan de Hoge Raad de regering van advies bedienen, wanneer hij daartoe wordt verzocht. In deze capaciteit, zo stelde d'Oliveira, heeft de Hoge Raad zich in het verleden bezig gehouden met onderzoek naar de inhoud van buitenlands recht.[299] Daarover kan worden opgemerkt, dat de Hoge Raad in die capaciteit echter geen bindende uitspraak over dat recht doet. Een advies heeft immers een ander karakter dan een arrest of beschikking.

---

294 Conclusie bij HR 17 maart 1989, ECLI:NL:PHR:1989:AD0680, *NJ* 1990/427, m.nt. JCS, no. 3.13.

295 Zo ook Vermeulen, in: *Wie is de Mol?* 2014, p. 242-243, die zelfs spreekt van een 'Pavlov-reflex' van de Hoge Raad.

296 Zie o.a. HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1431 (*Diageo Brands BV/Simiramida-04 EOOD*), r.o. 5.3.2.

297 HR 24 december 2010, *NIPR* 2011/48 (*Desario/Zipser*), r.o. 3.5.2.-3.5.4. Kritisch: Vermeulen, in: *Wie is de Mol?* 2014, p. 244.

298 *Kamerstukken II*, 2009-10, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8. Zie Asser/Vonken *10-I* 2018/398; Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 143-151.

299 Zie Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 151-153.

2.5.3 Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad over buitenlands recht?

98 Begrip 'rechtsvragen'

Een bijzondere bespreking verdient de in paragraaf 2.2.4. reeds genoemde mogelijkheid om aan de Hoge Raad prejudiciële vragen te stellen op de voet van art. 392 Rv. Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid voor lagere rechters om maatschappelijk relevante rechtsvragen in een vroeg stadium aan de Hoge Raad te kunnen voorleggen, zodat partijen niet behoeven door te procedure om eerst in cassatie op deze vragen een antwoord te krijgen.

Het is de vraag of het traject van de prejudiciële vragen gebruikt kan worden voor vragen over buitenlands recht. Moet het begrip 'rechtsvragen' uit art. 392 Rv op dezelfde manier uitgelegd worden als 'recht' in de zin van art. 79 lid 1 RO? Of heeft het eerste een zelfstandige betekenis? In het geval van eenzelfde uitleg van 'rechtsvragen' als in art. 79 lid 1 RO, betekent dit dat aan de Hoge Raad geen prejudiciële vragen over vreemd recht gesteld kunnen worden. Wanneer beide begrippen 'recht' daarentegen verschillend worden uitgelegd, zou het niet onmogelijk zijn om de Hoge Raad vragen te laten beantwoorden die in cassatie geen aanleiding tot vernietiging kunnen zijn.

De laatste opvatting, namelijk dat het begrip 'rechtsvragen' uit art. 392 Rv ook buitenlands recht kan omvatten, wordt wel verdedigd door Korthals Altes en Groen.[300] Zij stellen dat de aan de Hoge Raad opgedragen taak het stellen van prejudiciële vragen over buitenlands recht niet uitsluit. Integendeel, zij menen dat het gegeven dat de Hoge Raad niet mag casseren wegens de schending van vreemd recht juist een reden is om in het kader van art. 392 Rv een ruimer rechtsbegrip te hanteren, en zo het stellen van prejudiciële vragen over vreemd recht toe te staan.[301] In een namens het WODC opgestelde rapport over de Wet Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad[302] wordt daarentegen gesteld dat Hoge Raad het rechtsbegrip in het kader van de prejudiciële procedure en de cassatietoetsing waarschijnlijk op dezelfde manier zal uitleggen.[303] De reden die daarvoor wordt aangevoerd, is dat de werklast een voorname reden is geweest voor de uitsluiting van vreemd recht in art. 79 lid 1 RO en dat dit argument ook opgaat voor de prejudiciële procedure.

99 Afweging

Waarschijnlijk zullen de auteurs van het WODC-rapport gelijk hebben wanneer zij aannemen dat de Hoge Raad het stellen van prejudiciële vragen niet zal toestaan. Als men daarbij aansluiting zoekt voor de ratio van de beperking uit art. 79 lid 1 RO, zal het niet alleen het 'werklast-argument' een rol spelen. De uitsluiting van buitenlands

300 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/338.

301 Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/338.

302 I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Utrecht, juni 2016 (te raadplegen via www.wodc.nl; laatst geraadpleegd op 29 juni 2020).

303 Zie WODC-rapport, p. 65.

recht van de cassatietoetsing heeft immers ook te maken met de taak van de Hoge Raad om de rechtseenheid en rechtsontwikkeling van het eigen recht te waarborgen. Alleen daarom al lijkt de achtergrond van de Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad tot gevolg te hebben dat het stellen van prejudiciële vragen over vreemd recht is uitgesloten. Vanzelfsprekend is een prejudiciële vraag over de toepassing van het internationaal privaatrecht, als deel van het Nederlandse recht, wel mogelijk.[304]

2.6 De toepassing van het recht in arbitrale procedures

100 Bijzonderheden arbitrale procedures

Terwijl de toepassing van de verwijzingsregels en het daardoor aangewezen recht door de rechter dus ambtshalve moet plaatsvinden, is het de vraag in hoeverre dat ook voor de toepassing van het recht in (internationale) arbitrageprocedures geldt. Met andere woorden, geldt het beginsel *iura novit curia* ook in arbitraal verband? Het is goed om in dat verband eerst een onderscheid te maken tussen de verschillende situaties waarin het toepasselijke recht in het arbitragerecht een rol kan spelen. Er zijn immers drie manieren waarop het toepasselijke recht zich kan manifesteren, namelijk bij de vraag naar het recht dat de arbitrageovereenkomst beheerst, de vraag naar het toepasselijke arbitrageprocesrecht en ten slotte de vraag welk recht van toepassing is op het geschil ten gronde ofwel het toepasselijke materiële recht.[305] Het eerste probleem wordt opgelost door aan te knopen bij de algemene regels van internationaal privaatrecht die zien op overeenkomsten (het contractsstatuut),[306] terwijl de tweede vraag wordt beantwoord door het recht van de plaats van arbitrage (*lex loci arbitrii*).[307] Waar het in de onderhavige studie echter vooral om gaat, is de manier waarop arbiters het toepasselijke materiële recht bepalen en de inhoud daarvan vaststellen.

101 Beslissingsmaatstaven

Voor wat betreft de vraag hoe het toepasselijke recht wordt bepaald, voorziet art. 1054 Rv in een antwoord. Volgens deze bepaling worden er twee 'beslissingsmaatstaven' onderscheiden. Zo kan de beslissing worden genomen volgens de

---

304 Zoals blijkt uit HR 30 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2236, *JIN* 2016/201, m.nt. Teekens, *NIPR* 2016/425 (*Morning Star International Corporation/Republiek Gabon*); HR 19 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:942, *NIPR* 2017/258 (*X/Staat der Nederlanden*); HR 19 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:59, *NIPR* 2018/4 (*X/Openbaar Ministerie e.a.*); HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:345, *NIPR* 2018/155 (*SCC/KLM e.a.*); HR 21 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3958, *JBPr* 2013/44, m.nt. Ernste, *JOR* 2013/328, m.nt. Verhagen, *Ondernemingsrecht* 2014/9, m.nt. Bulten, *NIPR* 2015/169 (Van der Meer q.q./Pieper).

305 Zie ook G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011, par. 7.1., die een tweedeling aanbrengt tussen *formeel* recht (arbitrageprocesrecht) en *materieel* recht (het ten gronde toepasselijke recht).

306 Art. 10:166 BW. Zie art. 1074 lid 1 in fine Rv en *Kamerstukken II* 1983-84, 18464, nr. 6, p. 40 en 41 (MvA). Ook Meijer, in: *T&C Rv*, Vierde Boek Rv, Inleidende opmerkingen, aant. 4 (b).

307 Art. 1073 lid 1 jo. 1037 lid 1 Rv. Zie ook Meijer, in: *T&C Rv*, Vierde Boek Rv, Inleidende opmerkingen, aant. 4 (a).

'regelen des rechts' of als 'goede mannen naar billijkheid'.[308] Normaliter vindt de beoordeling plaats volgens de eerste maatstaf; slechts wanneer partijen dit zijn overeengekomen wordt beslissing *ex aequo et bono* gegeven.[309] Met handelsgebruiken wordt rekening gehouden ongeacht de beslissingsmaatstaf.[310] Wanneer het geschil wordt beslecht aan de hand van 'regelen des rechts' zijn er twee wijzen waarop kan worden vastgesteld welk recht uiteindelijk als maatstaf zal gelden. Volgens art. 1054 lid 2 Rv kunnen partijen een rechtskeuze uitbrengen en wanneer zij geen keuze hebben uitgebracht kan het scheidsgerecht beslissen 'volgens de regelen des rechts die het in aanmerking acht te komen', hetgeen ook wel bekend staat als de *voie directe*.[311] De rechtskeuze kan in principe op elk moment worden uitgebracht en behoeft niet in de arbitrageovereenkomst te zijn opgenomen. Wel wordt in de Memorie van Toelichting bij de vernieuwing van het arbitragerecht in de jaren '80 gesteld dat een dergelijke rechtskeuze niet stilzwijgend kon worden aangenomen.[312]

102 Onderzoek naar het toepasselijke recht

Naast de vraag welk recht van toepassing is, komt de vraag op hoe arbiters naar Nederlands recht aan de inhoud van dat recht kunnen komen. Op dezelfde manier dat arbiters een grote vrijheid toegekend hebben gekregen om het toepasselijke recht te bepalen,[313] lijkt het Nederlandse arbitragerecht deze vrijheid ook aan hen toe te kennen voor zover het de vaststelling van de inhoud van dat recht betreft. Sommigen menen dat het beginsel *iura novit curia* ook geldt in het arbitraal geding, aangezien de Nederlandse arbitragewet niet anderszins bepaalt.[314]

Er zijn verschillende manieren om de inhoud van het toepasselijke recht vast te stellen. Zo is wel gewezen op de mogelijkheid om arbiters te benoemen met het oog op hun kennis van het toepasselijke recht.[315] Dit hangt samen met het feit dat

---

308 Resp. art. 1054 lid 1 en art. 1054 lid 3 Rv. Zie ook Meijer, in: *T&C Rv*, art. 1054 Rv, aant. 1. Sommigen menen dat het onderscheid tussen beide maatstaven van praktisch geen belang meer is en opgeheven zou moeten worden, zie R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage. Serie Praktijkreeks IPR. No. 21*, Deventer: Kluwer 1996, no. 76.

309 Zoals volgt uit art. 1054 lid 3 Rv.

310 Art. 1054 lid 4 Rv.

311 Meijer, in: *T&C Rv*, art. 1054 Rv, aant. 2.c.

312 Zie ook J.L.W. Sillevis Smit, 'Iets over rechtskeuze en aanverwante problemen in de nieuwe arbitragewet. Enkele kanttekeningen bij artikel 1054 Rv', in: Beukenhorst e.a. (red.), *Offerhauskring vijfentwintig jaar. Feestbundel ter gelegenheid van het vijfentwintigjarig bestaan van de Studiekring Prof.Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer: Kluwer 1987, p.161-171, i.h.b. p. 168-169.

313 Zie De Ly, *TvA* 1997, p. 83, die erop wijst dat partijen het 'liberalisme' van de arbiter kunnen beteugelen door een rechtskeuze uit te brengen.

314 G.J. Meijer & M.R.P. Paulsson, 'National Report for the Netherlands', J. Paulsson & L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, : Kluwer Law International 1984 (suppl. No. 71, oktober 2012) p. 47.

315 P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht: nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001, p. 101-102. Volgens een door De Ly aangehaald onderzoek van PriceWaterhouseCoopers zou dit ook een van de criteria zijn op grond waarvan partijen een arbiter willen benoemen, zie F.J.M. De Ly, 'Internationale arbitrage', *TvA* 2007, afl. 3, p. 125-129.

partijen de scheidsrechters kunnen kiezen. Ook heeft het internationale arbitrale tribunaal geen lex fori inzake het materiële recht, zodat scheidsrechters daaraan niet zijn gebonden.[316] Voorts kunnen partijen *legal opinions* overleggen waarin uiteen wordt gezet hoe het toe te passen recht luidt, of kan het scheidsgerecht een deskundigenbericht bevelen.[317]

Daarnaast kent het Nederlandse arbitragerecht een regeling die het scheidsgerecht kan helpen bij het verkrijgen van informatie over het recht dat het materiële geschil beheerst. In art. 1044 Rv is namelijk bepaald dat de arbiter gebruik kan maken van de Europese Overeenkomst van 1968 door daartoe een verzoek aan de voorzieningenrechter te richten. De voorzieningenrechter zal het verzoek vervolgens via het systeem van de Europese Overeenkomst doorsturen naar de betrokken buitenlandse centrale autoriteit.[318] Van deze mogelijkheid lijkt in arbitrale procedures vooralsnog geen gebruik te zijn gemaakt.[319] Ook wordt door sommigen het verzoek om inlichtingen over *buitenlands* recht als een probleem gezien. Het arbitraal tribunaal kent immers slechts het 'toepasselijke' recht, omdat het geen lex fori heeft.[320]

103 Surrogaatrecht

Er is nog een ander probleem dat in de Nederlandse literatuur tot op heden weinig aandacht heeft gekregen. Dit betreft de vraag welk 'surrogaatrecht' de arbiters moeten toepassen wanneer de inhoud van het toepasselijke recht onkenbaar lijkt te zijn. Op zichzelf behoeft dit nog geen probleem te zijn wanneer de arbiters het toepasselijke recht via de weg van de *voie directe* hebben gevonden. Zij zouden in dat geval kunnen stellen dat een ander rechtsstelsel 'geëigend' is om op het geval te worden toegepast. Ook meer internationaal georiënteerde normencomplexen – zoals niet-statelijk recht of 'principles' – kunnen dan voor toepassing in aanmerking komen, of de toepassing van een verwant rechtsstelsel. Zo zag een scheidsgerecht zich geconfronteerd met de onmogelijkheid om vast te stellen hoe het toepasselijke Turkse verbintenissenrecht luidde. Bij gebreke van kennis en van informatie van partijen daarover, paste het scheidsgerecht vervolgens het Zwitserse *Obligationenrecht* als het meest verwante rechtsstelsel toe.[321] Wanneer partijen echter een uitdrukkelijke rechtskeuze hebben uitgebracht, lijkt het scheidsgerecht toch voor een moeilijkere taak te staan.

---

316 Zie Van Delden, *Internationale handelsarbitrage* 1996, no. 68.

317 Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht* 2001, p. 101-102.

318 Art. 1044 Rv.

319 Zo reeds Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht* 2001, p. 101, en Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* 2011, par. 7.3.3.4.

320 Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* 2011, par. 7.3.3.4.

321 Zie Raad van Arbitrage van de Nederlandse Vereniging voor de Handel in Gedroogde Zuidvruchten, Specerijen en Aanverwante Artikelen (N.Z.V.) 21 november 1991, TvA 1992, p. 90-93 (no. 26), r.o. 7.1-7.2. Turkijke heeft immers het Zwitserse *Obligationenrecht* overgenomen, zie J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 405.

104 Beslissingsmaatstaf als deel van de opdracht

Aangenomen wordt dat de beslissingsmaatstaf aan de hand waarvan een scheidsgerecht een beslissing neemt, deel uit maakt van diens opdracht.[322] Wanneer arbiters dus een andere beslissingsmaatstaf tot uitgangspunt nemen dan die geldt op grond van de arbitrageovereenkomst of de daarin aangewezen regels van een arbitrage-instituut, kan dit een schending van de opdracht opleveren en dus leiden tot een vernietiging van het arbitrale vonnis ex art. 1065 lid 1 sub c Rv.[323] Dit brengt overigens nog niet mee dat ook controle op het toegepaste recht zelf mogelijk is. Slechts de toepassing van de soort maatstaf – regelen des rechts of *ex aequo et bono* – komt aan de orde; hoe de scheidsrechter die maatstaf toepast, valt buiten de beoordelingsmarge van de overheidsrechter.[324] Dit onderscheid kan soms subtiel zijn. Zo is het mogelijk dat partijen aanvoeren dat de arbiter, in weerwil van de rechtskeuze van partijen, er geen blijk van geeft het gekozen recht als maatstaf gebruikt te hebben en dus als 'goede man naar billijkheid' te hebben geoordeeld.[325] Voor de beoordeling of de juiste maatstaf is gebruikt, moet de rechter in beginsel afgaan op hetgeen door de arbiter in het dictum als maatstaf is vermeld, tenzij uit de overige overwegingen van het vonnis duidelijk blijkt dat hij de andere maatstaf gebruikte. Het zich 'uitdrukkelijk' verenigen met de keuze van partijen en het aanhalen van relevante wetsbepalingen is daartoe niet voldoende en een dergelijk inhoudelijke beoordeling van het arbitrale vonnis 'strookt niet met de aard van de vernietigingsprocedure'.[326]

105 Openbare orde

Voorts is het mogelijk dat het scheidsrechterlijk vonnis wordt vernietigd wegens strijd met de openbare orde.[327] Op zichzelf kan een 'onjuiste' toepassing van het toepasselijk recht, waarbij bijvoorbeeld aan dwingende bepalingen geen toepassing wordt gegeven, geen strijd met de openbare orde opleveren.[328] Wel kan onder de invloed van het *Eco Swiss/Benetton*-arrest de overheidsrechter gehouden zijn om een

---

322 Meijer, in: *T&C Rv*, Art. 1054 Rv, aant. 1(b).

323 Zie voor een aantal recente gevallen, Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ9780; Rb. Den Haag 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC8939; Rb. Rotterdam 25 november 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK4498; Hof Amsterdam 1 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7752; Rb. Den Haag 14 mei 2014 ECLI:NL:RBDHA:2014:6150; Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:222.

324 Zie HR 23 december 1943, *NJ* 1944/164 (*Drost c.s./Schippers*). Zie ook Meijer, in *T&C Rv*, Art. 1065 Rv, aant. 4(i).

325 Zie bijv. Rb. Den Haag 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC8939, r.o. 4.11-4.13. Overigens werd het beroep van eiser niet gehonoreerd, omdat het scheidsgerecht in zijn oordeel wel degelijk met het toepasselijke recht rekening zou hebben gehouden en in dat licht de overeenkomst beoordeeld zou hebben.

326 Zie HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/169, m.nt. HJS, r.o. 4.4.2 (*Hendrix Poultry/Burshan*). Ook een onderzoek naar de juiste maatstaf door getuigenverhoren zou evenmin stroken met de aard van de vernietigingsprocedure.

327 Art. V lid 2 sub b Verdrag van New York en art. 1076 lid 1 sub B Rv.

328 Snijders, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 1054 Rv, aant. 2(c).

arbitraal vonnis te vernietigen wegens strijd met de openbare orde, wanneer de overeenkomst in strijd is met art. 101 VWEU.[329]

2.7 De toepassing van vreemd recht in non-contentieuze aangelegenheden

2.7.1 In voluntaire procedures

106 Hoofdregel art. 10:2 BW

Voor de toepassing van conflicten- en buitenlands recht wordt in het Nederlandse burgerlijk procesrecht geen onderscheid gemaakt naar gelang de procedure een contentieus of een non-contentieus karakter heeft. In beide gevallen geldt de door art. 10:2 BW gestelde norm, namelijk dat de rechter ambtshalve het toepasselijke recht moet onderzoeken en toepassen. Art. 10:2 BW, zo luidt de Memorie van Toelichting, geldt immers voor alle rechtstoepassers.[330]

Wel krijgt het vraagstuk van het toepasselijke recht mogelijk een andere behandeling voor de situatie waarin sprake is van rechten waarover partijen niet de vrije beschikking hebben. Deze zaken zullen meestal aan de orde komen in een voluntaire context. Wanneer partijen niet de vrije beschikking over de betrokken rechten hebben, betekent dit dat hun autonomie is ingeperkt en de rechter ambtshalve mag optreden. Dit is voornamelijk van belang voor de vaststelling van feiten die voor de rechtsaanwijzing van belang zijn – bijvoorbeeld de nationaliteit – en voor het bepalen van de omvang van de rechtsstrijd. In die gevallen is de invloed die partijen op het feitencomplex dan wel de rechtsstrijd kunnen uitoefenen beperkt.

2.7.2 Buiten rechte

107 Buitengerechtelijke autoriteiten

Het is heersende leer dat niet alleen rechters maar ook buitengerechtelijke autoriteiten het internationaal privaatrecht en de daardoor aangewezen regels van vreemd recht ambtshalve moeten toepassen. Dit kan, zoals tenminste blijkt uit de Memorie van Toelichting,[331] worden afgeleid uit de formulering van art. 10:2 BW. Deze bepaling is immers in de lijdende vorm opgesteld: het ipr en daardoor aangewezen recht *worden* ambtshalve toegepast. Dit is een verschil met de redactie van het door de Staatscommissie IPR voorgestelde art. 2, waarin werd gezegd dat de rechter het ipr en het vreemde recht ambtshalve toepast.[332] Art. 10:2 BW lijkt daarmee ook een plicht voor niet-gerechtelijke autoriteiten, zoals de notaris en de ambtenaar van de

329 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3079.

330 *Kamerstukken II*, 2009-10, 32137, nr. 3, p. 8.

331 *Kamerstukken II* 2009-10, 32 137, nr. 3, p. 8.

332 Het voorgestelde art. 2 van het *Rapport Algemene Bepalingen* van de Staatscommissie IPR luidde: 'De rechter past regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht ambtshalve toe'.

burgerlijke stand, te impliceren.[333] Maar ook reeds vóór de inwerkingtreding van art. 10:2 BW op 1 januari 2012 werd in de literatuur aangenomen dat de plicht tot ambtshalve toepassing van conflicten- en vreemd recht voor niet-gerechtelijke autoriteiten al in het Nederlandse recht verankerd lag.[334]

2.7.2.1 Ambtenaar van de burgerlijke stand

108 Abs: taakomschrijving en bijzondere bepalingen

De ambtenaar van de burgerlijke stand (abs) draagt de verantwoordelijkheid voor het opnemen van akten en latere vermeldingen in de onder hem berustende registers, alsmede de instandhouding en de toegankelijkheid daarvan.[335] Dit betekent dat hij onder omstandigheden geconfronteerd kan worden met een ander rechtsstelsel dan het Nederlandse, en hij dus op op enigerlei wijze informatie over dat recht moet zich te verkrijgen. Er zijn incidenteel wetsbepalingen te vinden die de abs tegemoetkomen bij de vervulling van deze taak.

Zo is er art. 10:23 BW, welk voorschrift ziet op het opstellen van een akte waarin de geslachtsnaam en de voornaam van een vreemdeling moet worden opgenomen. Deze bepaling schrijft voor dat wanneer het voor de ambtenaar van de burgerlijke stand onmogelijk is het buitenlandse recht te achterhalen, hij in de plaats daarvan Nederlands recht kan toepassen. Deze beslissing om Nederlands recht toe te passen dient onverwijld te worden medegedeeld aan de officier van justitie binnen welk arrondissement de akte wordt opgenomen in de burgerlijke stand.[336]

Ook in het verdragsrechtelijke ipr zijn bepalingen te vinden die de behandeling van buitenlands recht vergemakkelijken. Zo bepaalt het voor Nederland geldende Haags Huwelijksverdrag 1978[337] dat het de Staat van de huwelijksvoltrekking is toegestaan om van de aanstaande echtgenoten ‘elk dienstig bewijs’ te verlangen van de inhoud van het recht dat volgens de artt. 1 tot en met 3 van het verdrag van toepassing is. Niet gebleken is of Nederland van deze mogelijkheid gebruikt heeft gemaakt.

109 Commissie van advies

Het kan voorvallen dat de abs zich geconfronteerd ziet met een vraag over ipr of over vreemd recht waarop hij zich niet snel een antwoord kan formuleren. De vraag rijst dan hoe hij aan deze informatie kan komen, afgezien van de hem beschikbare (losbladige) encyclopediëen en andere informatiebronnen. Voor ambtenaren van de burgerlijke stand bestaat er een specifiek orgaan dat zich met deze vraagstukken

---

333 De Staatscommissie IPR gaf echter aan dat een dergelijke formulering niet betekent dat het buitengerechtelijke conflictenrecht geen toepassing zou behoeven te vinden, zie *Rapport Algemene Bepalingen*, no. 30 *in fine*.

334 Van Den Eeckhout, ‘The Netherlands’, in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 377.

335 Art. 1:16a lid 1 BW.

336 Voorheen was deze bepaling te vinden in art. 5 Wet Conflictenrecht Namen.

337 Verdrag inzake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van huwelijken, ’s-Gravenhage 14 maart 1978, *Trb*. 1987, 137.

bezighoudt, en waartoe hij zich kan wenden om advies. Dit is de Commissie van advies voor de zaken betreffende de burgerlijke stand en de nationaliteit. Op de voet van art. 1:29 BW kan de abs de Commissie om advies vragen, eventueel om informatie over vreemd recht. De abs is hiertoe zelfs gehouden wanneer hij gerede twijfel heeft of de gegevens die zijn ontleend aan een buitenslands opgemaakte akte van de burgerlijke stand of ander geschrift, wel in aanmerking komen om te worden opgenomen in een akte van de burgerlijke stand in Nederland.[338] Wanneer de abs vervolgens besluit om het advies niet op te volgen, stelt hij de officier van justitie en de Commissie daarvan in kennis.

2.7.2.2 Notaris

110 Notaris: taakomschrijving

De taak van de notaris is, eenvoudig weergegeven, het verlijden van authentieke akten op grond van de wet of op verzoek van een partij, naast overige door de wet aan hem opgelegde verplichtingen.[339] Ingeval hij een akte moet verlijden ten behoeve van een door vreemd recht beheerste rechtsverhouding, zal de notaris met dat recht rekening moeten houden als hij de geldigheid van de akte niet in gevaar wil brengen. Wanneer bijvoorbeeld een testamentaire verdeling volgens het toepasselijke recht niet is toegestaan, kan dit negatieve consequenties voor de betrokken partijen hebben.

In tegenstelling tot de abs, zijn er voor de notaris geen bijzondere bepalingen aan te wijzen die verband houden met de toepassing van conflicten- of buitenlands recht. Dit betekent dat de taakverrichting van de notaris in dat verband wordt beheerst door de algemene regels die op zijn beroep van toepassing zijn. Hierbij kan zich een spanningsverhouding voordoen tussen enerzijds de ministerieplicht, die meebrengt dat hij verplicht is gehoor te geven aan verzoeken om ambtshandelingen,[340] en anderszijds de dienstweigering, wanneer de notaris de gevraagde handeling om de een of andere reden niet wil verrichten.[341] Indien hij van mening is dat hij geen akte kan verlijden omdat de betrokken rechtsverhouding wordt beheerst door vreemd recht, kan hij mogelijk zijn dienst weigeren. Dit is toegestaan wanneer hij meent dat de handeling in strijd is met het recht of de openbare orde, wanneer hij vermoedt dat de handelingen een ongeoorloofd doel hebben, of wanneer er andere gegronde redenen zijn voor de weigering. Het zal afhankelijk zijn van de omstandigheden of de toepassing van een hem onbekend, of niet achterhaalbaar, rechtsstelsels zo'n grond kan opleveren.[342] De ambtsuitoefening van de notaris wordt gewaarborgd door het tuchtrecht,[343] dat erop moet toezien dat hij zijn functie

338 Art. 1:29c BW.
339 Art. 2 lid 1 Wet op het notarisambt.
340 Art. 21 lid 1 Wet op het notarisambt.
341 Art. 21, leden 2-4, Wet op het notarisambt.
342 Eventueel kan hij de zaak doorgeleiden naar een andere notaris, zie art. 21 lid 3 en 21 lid 4 Wet op het notarisambt.
343 Art. 93 lid 1 Wet op het notarisambt.

uitoefent met de zorg die hij had behoren te betrachten, en eventueel het aansprakelijkheidsrecht.

111 Tuchtrechtelijke controle

Een voorbeeld van tuchtrechtelijke controle biedt de uitspraak van het Hof Amsterdam in een appelzaak tegen de uitspraak van de Kamer van Toezicht.[344] Het ging hierbij om de medewerking die de notarissen hadden verleend aan rechtshandelingen van de curator in het faillissement van Yukos Oil Company. De vraag kwam op of de notarissen aanvullend onderzoek hadden moeten doen om te bezien of de curator wel vertegenwoordigingsbevoegd was. De notarissen hadden zich erop beroepen dat ten tijde van de handelingen er een oordeel in kort geding was uitgesproken, volgens welke de curator in beginsel bevoegd werd geacht om het stemrecht uit te oefenen. Voorts hadden zij zich erop beroepen dat zij op basis van een *legal opinion* ('affidavit') van een advocatenkantoor uit Moskou ervan uit mochten gaan dat de betrokken curator bevoegd was de rechtspersoon te vertegenwoordigen.

Het Hof ging daar echter niet in mee en oordeelde dat de notarissen de feiten en omstandigheden nader hadden moeten verifiëren. De notarissen konden niet zonder meer afgaan op het oordeel in kort geding, noch op de *legal opinion*, zeker niet nu de laatste namens de curator in het kort geding was ingebracht en deze dus mogelijk partijdig kon zijn. Dit werd versterkt door het gegeven dat in de *legal opinion* zelf werd verwezen naar de connectie met de curator.[345] Dit zou anders zijn geweest als de notarissen het advies van een deskundige hadden ingewonnen die niet gelieerd aan een van de bij de rechtshandeling betrokken partijen zou zijn geweest. Ook hadden de notarissen een oordeel van de rechter ex art. 254 e.v. Rv kunnen uitlokken, op grond waarvan ze zouden worden veroordeeld om mee te werken.

2.8 Conclusie

112 Iura novit curia in Nederland sterk verankerd

Al met al kan worden geconcludeerd dat in het Nederlandse recht het adagium *iura novit curia* in beginsel sterk verankerd is, zowel wat voor betreft de toepassing van het eigen recht als dat van vreemd recht. Desalniettemin bestaan er op dit uitgangspunt wel uitzonderingen, ook bij de toepassing van het eigen recht. Zo mogen rechters een deskundigenbericht bevelen wanneer het gaat over eigen recht en hebben partijen veel invloed bij het afbakenen van de rechtsstrijd, en kunnen zij zelfs de rechter binden aan de beoordeling op bepaalde rechtsgronden.

In internationaal verband wordt de ambtshalve toepassing van conflicten- en vreemd recht voorgeschreven en moeten rechters ambtshalve onderzoek doen naar de inhoud en uitleg van buitenlands recht, ook al kan van partijen assistentie worden verlangd. Aangenomen wordt dat conflictregels geen openbare orde-karakter in processuele zin hebben. Er is geen duidelijke regeling van de behandeling van

344 Gerechtshof Amsterdam 10 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ5599.
345 Gerechtshof Amsterdam 10 mei 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ5599, r.o. 6.5-6.6.

conflictenrechtelijk relevante feiten c.q. internationale elementen en de afbakening tussen de (stilzwijgende) processuele rechtskeuze en de processuele partijdispositie lijkt niet scherp te zijn. Er is geen duidelijke maatstaf om te beoordelen wanneer vreemd recht onkenbaar is en, hoewel de lex fori de voorkeur lijkt te genieten, geen duidelijk 'surrogaatrecht' ingeval vreemd recht daadwerkelijk niet kan worden gekend.

Het appelprocesrecht brengt mee dat partijen op de omvang van de rechtsstrijd veel invloed kunnen uitoefenen, ook wat het toepasselijke recht betreft. In cassatie is een rechtsklacht tegen de beweerdelijk onjuiste toepassing van buitenlands recht niet mogelijk; wel kan een klacht tegen de toepassing van de conflictregel worden aangevoerd. Een motiveringsklacht, inhoudende dat de motivering van de feitenrechter van diens toepassing van vreemd recht gebrekkig of onbegrijpelijk is, slaagt wel voor zover daarbij niet de juistheid van het oordeel van de feitenrechter over inhoud of uitleg van vreemd recht in de beoordeling wordt betrokken. Zelf mag de Hoge Raad wel vreemd recht toepassen wanneer na vernietiging de zaak zelf wordt afgedaan.

Voor de rechtstoepassing in voluntaire aangelegenheden geldt dat in principe dezelfde regels gelden als in contentieuze zaken. Voor toepassing van buitenlands recht door buitengerechtelijke autoriteit bestaan, ondanks de opdracht van art. 10:2 BW, geen bijzondere regels. Voor arbiters lijkt er veel flexibiliteit te bestaan om de inhoud en strekking van het toepasselijke recht vast te stellen.

3. DUITS RECHT

3.1 Inleiding

113 'Amtsanwendung'

Wanneer het Duitse recht nader wordt bekeken, blijkt dat dit recht zich laat kenmerken door een sterke neiging tot 'Amtsanwendung'. Dit geldt niet alleen voor het eigen (conflicten)recht, maar ook voor vreemd recht. Hoewel het Duitse rechtsstelsel wordt geacht deel uit te maken van de '*civil law*'-traditie, en dus een sterke voorkeur voor wetgeving in plaats van jurisprudentie wordt verondersteld, is het opvallend te noemen dat een duidelijke wettelijke bepaling om een dergelijk 'Amtsanwendung' te rechtvaardigen juist ontbreekt. Het beginsel *iura novit curia* is desondanks sterk in het Duitse procesrecht verankerd.

Eerst zal worden ingegaan op de processuele achtergronden van de problematiek, door de kenmerken en beginselen van het Duitse burgerlijk procesrecht uit de doeken te doen. Verder zal worden bezien of de plicht van de Duitse rechter om zijn eigen recht uit eigen beweging toe te passen, door het procesrecht wordt ingeperkt (3.2.). Voorts zal de situatie van de zuiver interne procedure worden verlaten om in paragraaf 3.3. de toepassing van het recht in grensoverschrijdende gevallen te onderzoeken. Moeten conflicten- en vreemd recht naar Duits recht *ex officio* worden toegepast? Zijn er wegen voor rechter of procespartijen om die plicht te omzeilen? Dit zal voornamelijk zien op de procedure voor de overheidsrecht in contentieuze aangelegenheden. In paragraaf 3.4. zal aandacht worden besteed aan de complicaties die kunnen optreden bij de toepassing van buitenlands recht. Een andere vraag is welke behandeling conflicten- en buitenlands recht in hogere instanties krijgt, hetgeen nader zal worden bekeken in paragraaf 3.5. Omdat ook arbitrage een alternatief kan zijn voor de gang naar de overheidsrechter, en ook in arbitrale zaken een 'vreemd' recht van toepassing kan zijn, zal daar in paragraaf 3.6. aandacht worden besteed, gevolgd door de toepassing van vreemd recht in non-contentieuze aangelegenheden, zoals ingeval van voluntaire procedures ('freiwillige Gerichtsbarkeit') of door niet-gerechtelijke autoriteiten (paragraaf 3.7.). In paragraaf 3.8. zal worden afgesloten met een conclusie.

3.2 Duits burgerlijk procesrecht en de toepassing van het eigen recht

3.2.1 Achtergrond, ontwikkelingen en kenmerken van het Duitse burgerlijk procesrecht

114 Historische achtergrond; karakterisering

De oorsprong van het huidige Duitse procesrecht gaat terug tot de totstandkoming van het Duitse keizerrijk in 1871. Als deel van deze ontwikkelingen werd een eenvormig wetboek voor de civiele procedure wenselijk geacht. Om die reden had men verschillende ontwerpen voorgesteld. Uiteindelijk werd op 30 januari 1877 de *Civilprozeßordnung* ('CPO') aangenomen, die de basis vormt voor het huidige procesrecht. Dit wetboek is later opgevolgd door de *Zivilprozessordnung* ('ZPO'). Voor de totstandkoming van de CPO, en dus in de tijd voorafgaand aan de Duitse eenwording, was het procesrecht grotendeels versnipperd en verschilde het per 'deelstaat'. Zo was er het zogeheten 'gemene' proces ('gemeine Prozesse'), dat nog grotendeels gebaseerd was op het gewoonterecht. Daarnaast waren er bijzondere procedures, zoals de procedure die was ingesteld op instigatie van de Pruisische keizer Frederik I, en die een vernieuwing van het procesrecht beoogde tot stand te brengen. Deze versnipperdheid is met de inwerkingtreding van de CPO, en later de ZPO, ten einde gekomen.

Hoewel de ZPO dus de primaire bron van het burgerlijk procesrecht bevat, is het evenwel niet het enige wetboek dat relevant is. Het is namelijk een eigenaardigheid van het Duitse burgerlijk procesrecht dat het over verschillende wetboeken is verspreid. Zo is er de ZPO in zaken van meestal contentieuze aard, ofwel de 'ordentliche' procedures. Voor familiezaken en zaken die de voluntaire jurisdictie betreffen, is er een apart wetboek, het *Familienverfahrensgesetz* ('FamFG').[1] Tot slot is er het *Arbeitsgerichtsgesetz*, dat een bijzondere rechtsgang in arbeidszaken behelst. Deze wet verklaart de bepalingen van de ZPO overigens grotendeels van overeenkomstige toepassing,[2] maar bevat een aantal bijzondere bepalingen voor arbeidszaken.

De wetgeving op het gebied van het burgerlijk procesrecht heeft in 2001 een belangrijke wijziging ondergaan. In dat jaar is het zogenaamde ZPO-Reformgesetz ('ZPO-RG') in werking getreden. Deze wet bracht een aantal ingrijpende wijzigingen tot stand voor de zogenaamde '*Zivilprozessen*', dat wil zeggen, de procedures die op basis van de ZPO worden gevoerd. Ook de procedures inzake de voluntaire jurisdictie hebben een belangrijke wetshervorming ondergaan. Tot aan de hervormingen van 1 september 2009 was deze materie geregeld in het *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* ('FGG').

Voorts wordt er in de literatuur een onderscheid gemaakt naar gelang de functie die het burgerlijk procesrecht soms vervuld. Zo wordt er op hoofdlijnen onderscheiden tussen het 'liberale' proces en het 'sociale' proces. Dit onderscheid loopt niet noodzakelijkerwijs parallel aan het onderscheid tussen ZPO- of FamFG-procedures. Het is eerder een karakterising van aspecten van het burgerlijk proces. Zo wordt in

1 Art. 1 van het *Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 17. Dezember 2008*, *BGBl.* I, p. 2586.

2 Zie paragraaf 3.3.2.4.

de 'liberale' opvatting een sterke nadruk gelegd op de partijautonomie en de bescherming van subjectieve rechten, en wordt dit vaak in verband gebracht met de liberale nachtwakerstaat van de 19de eeuw.[3] De 'sociale' procesopvatting, daarentegen ziet meer op de bescherming van waarden als een gelijke toegang tot de rechter en het beschermen van de zwakkere partij.[4] Dit roept associaties op met de sociale verzorgingsstaat die zich na de Tweede Wereldoorlog heeft ontwikkeld.[5] In de laatste opvatting is dan ook meer aandacht voor het ambtshalve optreden door de rechter dan voor de dispositievrijheid van de partijen.

3.2.2 Wisselwerking tussen rechter en partijen

115 'Maximen'

De verhouding tussen de rechter en de procespartijen wordt in het Duitse burgerlijk procesrecht beheerst door verschillende beginselen of grondslagen, ook wel *Grundsätze* of *Maximen* genoemd. Om te beginnen is er, als het meest basale uitgangspunt voor het burgerlijk geding, de *Dispositionsgrundsatz*, welke ziet op de 'heerschappij' ('*Herrschaft*') over het voorwerp van het geding ('*Streitgegenstand*'), zoals procesinleiding, inhoud, (voort)gang en beëindiging.[6] Deze heerschappij is in handen van de procederende partijen. Het daaraan tegengestelde principe is de *Offizialmaxime*, dat juist ziet op een ambtshalve opening, voortgang en beëindiging van de procedure. Om die reden is deze meer op het strafprocesrecht dan op het burgerlijk procesrecht van toepassing.[7] Desalniettemin komt dit beginsel soms wel in civiele zaken tot uitdrukking. Zo worden, bijvoorbeeld, bepaalde beslissingen als de proceskostenveroordeling ambtshalve genomen, en kent de rechter ex § 139 Abs. 1 ZPO de zogenaamde *Hinweisepflicht*. Deze plicht kan als een uiting van de 'Offizialmaxime' worden gezien.[8]

Naast het onderscheid tussen *Dispositionsmaxime* en *Offizialmaxime*, bestaat er in het Duitse burgerlijk procesrecht ook nog andere onderscheidingen. Zo is er enerzijds de *Verhandlungsgrundsatz*, die inhoudt dat de feitenvaststelling aan partijen is voorbehouden, en anderzijds de *Untersuchungsgrundsatz*, die inhoudt dat de rechter ambtshalve de noodzakelijke feiten moet vaststellen. Het onderscheid tussen de *Verhandlungsgrundsatz* en de hiervoor reeds besproken *Dispositionsgrundsatz* is dat het eerste beginsel voornamelijk ziet op de taakverdeling tussen partijen en rechter wanneer het gaat om het verzamelen van '*Prozessstof*', ofwel de relevante feiten.[9] De *Dispositionsgrundsatz* ziet meer op het initiatief van de procesgang zelf en de beëindiging daarvan. [10]

---

3 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, 'Einleitung', no. 11.
4 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, 'Einleitung', no. 12-14.
5 Sommigen onderscheiden ook nog de 'economische' procesopvatting, dat meer op een efficiënte afdoening van het geschil zou zijn. Dit lijkt evenwel geen algemene opvatting te zijn. Zie bijv. Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, 'Einleitung', no. 15.
6 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, 'Einleiting', no. 291.
7 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, 'Einleiting', no. 293.
8 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, 'Einleiting', no. 302 resp. 303.
9 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, 'Einleiting', no. 306.
10 Zie Rosenberg/Schwab & Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 76-8.

De onderscheiden uitgangspunten van *Verhandlungs-* en *Untersuchungsgrundsatz* zijn nauw verbonden met de vraag, welk procesrechtelijk wetboek in het geding is. De *Untersuchungsgrundsatz* geldt namelijk in gevallen waarin wordt geprocedeerd op basis van het *Familienverfahrensgesetz*.[11] Deze wet geeft, zoals eerder reeds is aangegeven, de procedureregels voor familiezaken en zaken van voluntaire jurisdictie ('*freiwillige Gerichtsbarkeit*'). De *Verhandlungsgrundsatz*, ook wel *Beibringungsgrundsatz*, ziet vooral op contentieuze aangelegenheden. In vergelijkbare zin geldt de Offizialmaxime vooral in zaken die aan de partijdispositie zijn onttrokken, en veelal dus familie- of voluntaire zaken betreffen, terwijl de Dispositionsmaxime geldt wanneer partijen juist wel de vrije beschikking over hun rechten toekomt.[12]

3.2.3 Ambtshalve toepassing van recht

116 Ambtshalve toepassing

Het uitgangspunt van het Duitse procesrecht is dat de rechter zijn eigen recht ambtshalve moet toepassen.[13] Hij is daarbij niet gebonden aan de opvattingen van de procespartijen over de inhoud van het vreemde recht, zodat de rechtstoepassing dus niet onder de *Verhandlungsmaxime* valt.[14] De ambtshalve toepassing van eigen recht wordt gebaseerd op het beginsel *iura novit curia*.[15] Er is in het Duitse prozesrecht geen bepaling aan te wijzen, waarin deze rechterlijke plicht uitdrukkelijk is vastgelegd. De rechtvaardiging voor een dergelijke plicht wordt daarom afgeleid uit het bepaalde in § 293 ZPO. Deze bepaling luidt:

> 'Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnorm ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, acht andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen.'

Eigenlijk wordt in dit voorschrift slechts een regeling getroffen voor regels waarvan de rechter de inhoud juist niet kent of hoeft te kennen.[16] Desondanks wordt daaruit *a contrario* afgeleid dat de rechter het (geschreven) eigen recht wel behoort te kennen en dit dienovereenkomstig dient toe te passen op de feiten van het hem voorliggende geval.

117 Bijzondere rechtsnormen

Hoewel de hoofdregel is dat de rechter naar Duits procesrecht ambtshalve het recht moet toepassen, betekent dit niet dat er geen uitzonderingen op deze hoofdregel

---

11 Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz) von 17.12.2008, *BGBl*. I 2008, p. 2586.
12 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, no. 290-293.
13 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, Einleitung, no. 322.
14 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, Einleitung, no. 322.
15 Rauscher, in: *MüKo ZPO* 2013, Einleitung, no. 322.
16 Saenger, in: Saenger, *Zivilprozessordnung*, 2015, § 293, no. 1.

bestaan. Uit § 293 ZPO volgt immers dat naast het buitenlandse recht, waarover in paragraaf 3.3. zal worden uitgeweid, ook het gewoonterecht en de zogenaamde '*Statuten*' aan "bewijs" mogen worden onderworpen.[17] Het 'bewijs' waarvan in § 293 ZPO wordt gesproken betreft een zogenaamd '*Freibeweis*', wat inhoudt dat de regels van formeel bewijsrecht – ('*Strengbeweis*') niet van toepassing zijn, zoals de voorgeschreven procedure of bewijsmiddelen.[18]

Het is de vraag wat er in het licht van de moderne rechtsbronnen met 'Statuten' wordt bedoeld. De definities van dit begrip lopen nogal uiteen.[19] Aangenomen wordt dat sprake moet zijn van rechtsnormen en dus niet van privaatrechtelijke rechtshandelingen, ervaringsregels, verkeersopvattingen of handelsgebruiken.[20] Het zou dan voornamelijk gaan om regelingen, die publiekrechtelijke lichamen, instellingen of stichtingen ('*engeren Kreisen*'[21]) hebben gemaakt op grond van of in het kader van de hun verleende autonomie, zoals 'originair' kerkrecht.[22] Ook cao's vallen onder de definitie van *Statuten*, ook al betreffen zij eigenlijk een privaatrechtelijke rechtshandeling. De reden daarvoor is dat zij normen bevatten die '*Rechtswirkung*' hebben.[23]

118 Deskundigenbericht over Duits recht?

De vraag, in hoeverre het Duitse rechters is toegestaan om een *Gutachten* in te winnen over de inhoud van het eigen recht, is omstreden. Sommigen zijn van mening dat een dergelijke handelswijze niet is toegestaan, omdat de rechter de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de rechtstoepassig heeft. De rechter kan immers om op grond van zijn studie worden geacht voldoende kennis over dat recht te hebben, zodat het aan de rechter zelf is om te bepalen hoe het recht luidt.[24] Anderen wijzen erop dat een dergelijke handelswijze wel toegestaan is, en feitelijk ook al plaatsvindt, wanneer het om complexe rechtsgebieden als het belastingrecht gaat.[25] Indien de rechter daarvan gebruik maakt, komen de kosten van een

17 Zo ook Bacher, in: *BeckOK ZPO* 2017, § 293 ZPO, aant. 8.

18 Zie Rosenberg & Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2010, § 110, no. 8.

19 Zie Feurer 2010, p. 428-430 voor een overzicht van de verschillende definities.

20 Prütting, in: *MüKo ZPO*, § 293, aantek. 19-20; Saenger, in: Saenger, *Zivilprozessordnung*, 2015, § 293, no. 5.

21 Bacher, in: *BeckOK ZPO* 2017, § 293 ZPO, aant. 4.

22 Saenger, in: Saenger, *Zivilprozessordnung*, 2015, § 293, no. 5.

23 Zie Bacher, in: *BeckOK ZPO* 2017, § 293 ZPO, aant. 5.

24 Zie, o.a., Bacher, in: *BeckOK ZPO* 2017, § 293 ZPO, aant. 8; A. Spickhoff,'Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?', *ZZP* 1999, afl. 3, p. 265-292, op p. 268; A. Spickhoff, 'Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts', in: S. Lorenz e.a. (red.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München: Beck 2005, p. 419-437, p. 430.

25 Zoals Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 83; Bacher, in: *BeckOK ZPO* 2017, § 293 ZPO, aant. 8. Anders: Geimer, in: Zoller/Geimer, *ZPO*, 2012, § 293, aant. 1; Saenger, in: Saenger, *Zivilprozessordnung*, 2015, § 293, aant. 6; Prütting, in: *MüKo ZPO* 2016, '§ 293 ZPO', aant. 22; A. Spickhoff, 'Fremdes Recht vor inländischen Gerichten: Rechts- oder Tatfrage?', *ZZP* 1999, afl. 3, p. 265-292, op p. 268; A. Spickhoff, 'Die neue Sachverständigenhaftung und die Ermittlung ausländischen Rechts', in: S. Lorenz e.a. (red.), *Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag*, München: Beck 2005, p. 419-437, p. 430.

dergelijke *Gutachten* niet in aanmerking voor de proceskostenveroordeling.[26] Het argument daarvoor is dat het onderzoek naar eigen recht en naar vreemd recht niet gelijk kunnen worden gesteld, omdat § 293 ZPO het vreemde recht uitdrukkelijk als '*beweisbedürftig*' heeft aangemerkt, voor zover het de rechter althans onbekend is, terwijl dit voor het eigen recht niet geld.[27] Een zogenaamde *Beweiserhung* is daarom in principe niet toegestaan.[28]

119 Procedurele beperkingen

Op de verplichtingen van de Duitse rechter om uit eigen beweging het recht toe te passen, bestaan enkele procedurele beperkingen. Een voorbeeld daarvan is de zogeheten *Präklusion*. Dit houdt in dat, wanneer een partij na afloop van een bepaalde termijn een zekere eis of een zeker verdedigingsmiddel ('*Angriffs- und Verteidigungsmittel*') niet aanwendt, deze niet meer kan worden gebruikt. Het gebruik van het middel is in dat geval uitgesloten ('*präkludiert*'). Niet duidelijk is of dit leerstuk ook op de rechtstoepassing betrekking heeft, of dat het slechts beperkt is tot de feitenvaststelling. Daarover verschilt men in de literatuur van mening.[29]

120 'Rechtsgespräch'

Ook al heeft de rechter het Duitse recht uit eigen beweging toe te passen en is hij niet gebonden aan de door partijen ingenomen standpunten op dat gebied, blijft hij nietttemin gebonden aan de vereisten van '*rechtliches Gehör*'. Dit fundamentele recht is gewaarborgd in art. 103 I Grundgesetz (GG)[30] en houdt in dat partijen het recht hebben om door de rechter te worden gehoord en dat zij niet overvallen mogen worden met een beslissing die zij niet hadden kunnen zien aankomen.[31] Dit vereiste komt in het procesrecht tot uiting in de plicht van de rechter om een *Hinweis* te geven in de zin van § 139 ZPO.[32] De rechter heeft de mogelijkheid om partijen op de toepassing van bepaalde rechtsregels te wijzen. Dit wordt meestal gebaseerd op de leiding die de rechter heeft over de voortgang van het proces. Het met partijen van gedachten wisselen over o.a. de relevante rechtsregels wordt ook wel geduid met het begrip '*Rechtsgespräch*'. Omstreden is de vraag of de rechter altijd verplicht is om met partijen in een *Rechtsgespräch* te treden. Sommigen menen van wel, anderen zijn van mening dat een dergelijke plicht te vergaand zou zijn.[33]

---

26 BGH 14 maart 1966 – IV ZR 171/63, *NJW* 1966, 1364.
27 BGH 14 maart 1966 – IV ZR 171/63, *NJW* 1966, 1364.
28 Bacher, in: *BeckOK ZPO* 2017, § 293 ZPO, aant. 8.
29 Zie paragraaf 3.3.2.4.
30 Art. 103 I GG luidt: 'Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör.'
31 Nober & Ghassemi-Tabar 2017, p. 3269.
32 Nober & Ghassemi-Tabar 2017, p. 3265.
33 Zie, o.a., Stadler, in: *Musielak/Voit ZPO*, § 139 ZPO, aant. 15.

3.2.4 Rechtsmiddelen

121 Algemeen

De Duitse civiele rechtsgang kent twee gewone rechtsmiddelen, afhankelijk van de soort procedure. In contentieuze zaken is er de 'Berufung' tegen het vonnis in eerste aanleg ('Urteil') en, indien dat niet volstaat, de mogelijkheid van 'Revision'.[34] In familierechtelijke en voluntaire zaken kan ten eerste 'Beschwerde' worden ingesteld tegen een lager oordeel ('Beschluss'), waarna nog de mogelijkheid van 'Rechtsbeschwerde' opgenstaat. In tweede instantie – dus in geval van Berufung en Beschwerde – treedt de appelrechter als feitenrechter op, terwijl in derde instantie – Revision en Rechtsbeschwerde – slechts rechtsklachten aangevoerd kunnen worden.[35] Afhankelijk van de vraag waar de procedure in eerste instantie aanhangig is, namelijk bij het Amtsgericht of het Landesgericht, vindt de 'Berufung' of 'sofortige Beschwerde' plaats bij het Landesgericht[36] respectievelijk het Oberlandesgericht.[37] De Revision of Rechtsbeschwerde vindt plaats bij het BGH of bij het BAG.

122 BAG-procedures

Voor procedures in arbeidszaken schrijft § 8 van het ArbGG een eigen rechtsgang voor. Dit houdt verband houdt met de bijzondere gerechtelijke structuur die voor dat rechtsgebied is ingesteld. Zo is in eerste aanleg het *Arbeitsgericht* bevoegd om kennis van het geschil te nemen. Tegen het oordeel van dit gerecht kan het rechtsmiddel van Berufung worden ingesteld bij een van de *Landesarbeitsgerichte*. Tot slot is er het rechtsmiddel van Revision, dat ingesteld kan worden bij het *Bundesarbeitsgericht* (BAG). Voor wat betreft de procesregels worden de regels van de ZPO van overeenkomstige toepassing verklaard, voor zover het ArbGG althans niet anders voorschrijft. Dit geldt voor de procedure in eerste aanleg,[38] voor de *Berufung*,[39] voor de *Revision*,[40] en voor de *Beschwerde*.[41]

---

34 Het geval van de 'soforitige Beschwerde' zal hier terzijde worden gesteld. Zie § 567 ZPO voor de gevallen waarin daarvan sprake is.

35 Zie voor het onderscheid in beide soorten procedures, Ball, in: *Voit/Musielak ZPO*, 'Buch 3', 'Vorbemerkung', aant. 3-7.

36 § 72 GVG, welke in § 100 GVG van overeenkomstige toepassing is verklaard voor handelszaken. Zie ook Rimmelspacher, in: *MüKo ZPO* 2012, 'Vorbemerkung zu den § § 511 ff.', aant. 5.

37 § 119 I nr. 2 GVG.

38 § 46 I ArbGG voor wat betreft het 'Urteilsverfahren'.

39 § 64 VI ArbGG voor wat betreft het 'Urteilsverfahren'; de bepalingen inzake behandeling door een *unus*-rechter worden echter niet van toepassing verklaard.

40 § 72 V ArbGG voor wat betreft het 'Urteilsverfahren', met uitzondering van § 566 ZPO.

41 § 78 ArbGG.

3.3 De toepassing van conflicten- en buitenlands recht: taakverdeling

3.3.1 Algemeen

123 § 293 ZPO

Het Duitse recht kent geen expliciete bepaling die de taak van de rechter omschrijft wanneer deze wordt geconfronteerd met de toepassing van het conflictenrecht of het daardoor aangewezen recht. Daarmee is de Duitse positie inzake dit vraagstuk grotendeels van ongeschreven aard. De enige bepaling die in de Duitse wetgeving is te vinden, betreft § 293 ZPO inzake het bewijs van het recht van een andere staat, gewoonterecht en 'Statuten'. Dit voorschrift bepaalt niet met zoveel woorden dat de rechter in dit verband verplicht is ambtshalve te handelen, maar slechts dat het "bewijs" van onder meer het buitenlandse recht slechts vereist is, voor zover dit de rechter onbekend is. De plicht om het conflictenrecht en het buitenlandse recht ambtshalve toe te passen is uit deze bepaling afgeleid.

3.3.2 De toepassing van de conflictregel

3.3.2.1 Hoofdregel

124 Ambtshalve toepassing

De toepassing van het conflictenrecht moet ambtshalve geschieden. Dit uitgangspunt is rreeds verwoord in de rechtspraak van (destijds) het *Reichsgericht*.[42] Zo was in een zaak uit 1900 een overeenkomst aan de orde die in Engeland was gesloten, en die volgens de destijds geldende conflictregels dan ook door Engels recht beheerst zou zijn. Omdat een van de partijen had verklaard dat zij niet verwachtte dat het Engelse recht gunstiger voor haar was, en de andere verklaarde dat wel te menen, maar tegen de toepassing van het eigen recht geen bezwaren te hebben, had de lagere rechter Duits recht toegepast. Omdat er geen echte wilsovereenstemming tussen de partijen was, oordeelde het Reichsgericht dat de rechter niet van Duits recht had mogen uitgaan, want '(d)er Richter hat den Streit nach demjenigen Rechte zu entscheiden, dem das streitige Rechtsverhältniß unterworfen ist.'[43]

Ook de opvolger van het Reichtsgericht, het Bundesgerichtshof, heeft regelmatig geoordeeld dat verwijzingsregels ambtshalve toegepast moeten worden. Een standaarduitspraak in dit verband betreft het oordeel van het BGH in een zaak uit 1993.[44]

In deze zaak had een kind in een Duitse kliniek ernstige brandwonden opgelopen, waarvoor haar ouders in haar naam smartengeld hebben ontvangen. Wanneer zij volwassen is geworden, spreekt zij haar vader aan tot schadevergoeding omdat de

42 RG 22 juni 1900, VII 88/00, *JW* 1900, S. 589 Nr. 4 (589); RG 22 november 1901, VII 285/01, *JW* 1902, S. 36 (36).

43 RG 22 juni 1900, VII 88/00, *JW* 1900, S. 589 Nr. 4 (589).

44 BGH 7 april 1993 – XII ZR 266/91, *NJW* 1993, 2305.

schadevergoeding die aan haar was toegekomen, door haar ouders voor andere doeleinden is gebruikt. Naar Duits ipr was Egyptisch recht van toepassing, omdat de eiseres tot aan de leeftijd van 21 jaar de Egyptische nationaliteit bezat. Het OLG had de eis afgewezen, zonder daarbij aan te geven of het Duits of buitenlands recht had toegepast.

Het BGH oordeelde dat het Duitse ipr ambtshalve toegepast dient te worden en dat van geen belang is of partijen de toepasselijkheid van een buitenlands recht hebben ingeroepen. Als reden voor dit oordeel voerde het BGH aan dat de bepalingen uit het EGBGB wet zijn en aldus algemeen verbindend zijn:

> 'Kommt bei der Beurteilung eines Sachverhalts die Anwendung ausländischen Rechts in Betracht, ist das deutsche internationale Privatrechtrecht von Amts wegen anzuwenden. Die Kollisionsnormen des Einführungsgesetzes zum Bürglichen Gesetzbuch sind Gesetz und beanspruchen damit allgemeine Verbindlichkeit. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob sich zumindest eine der Parteien auf die Anwendung ausländischen Rechts beruft.'[45]

Voorts voerde het BGH nog als reden aan dat het facultatieve conflictenrecht juist niet door de wetgever is gevolgd, zodat steeds moet worden bezien of Duits dan wel vreemd recht op het voorliggende geval van toepassing is.[46] Opvallend aan dit oordeel is de nadruk die op het wettelijke karakter van de verwijzingsregels wordt gelegd. Omdat deze regels wet zijn, behoren zijn, net als elke andere wettelijke regel, ambtshalve te worden toegepast. De rechterlijke plicht tot ambtshalve toepassing van verwijzingsregels is sindsdien stelselmatig in de Duitse jurisprudentie terug te vinden.[47]

125 Verdragen en Europese verordeningen

De plicht van de Duitse rechter om uit eigen beweging het conflictenrecht toe te passen, is echter niet beperkt tot de bepalingen uit het EGBGB. Ook bepalingen van door Duitsland geratificeerde verdragen en van Europees recht komen voor ambtshalve toepassing in aanmerking. Volgens sommige auteurs[48] kan de grondslag voor een *ex officio* toepassing van die regels worden gevonden in art. 25 jo. 59 II *Grundgesetz*.[49] Dit betekent dat verdragsrechtelijke en communautaire conflictregels op dezelfde voet staan als nationale conflictregels, en dat er qua rechtsbron of

---

45 BGH 7 april 1993 – XII ZR 266/91, *NJW* 1993, 2305, p. 2306; zie ook von Hein in *MüKo BGB, Band 10. Einleitung IPR*, 2015 (6. Aufl.) nr. 292.

46 BGH 7 april 1993 – XII ZR 266/91, *NJW* 1993, 2305, p. 2306.

47 Zie BGH 6 maart 1995 – II ZR 84/94, *NJW* 1995, 2097; BGH 21 september 1995, VII ZR 248/94, *NJW* 1996, 55; BGH 15 juli 2008 – VI ZR 105/07, *NJW* 2009, 916; BGH 11 februari 2010 – I ZR 85/08, *BeckRS* 2010, 18209.

48 Von Hoffmann/Thorn 2007, p. 103, no. 130.

49 § 25 GG luidt: 'Die allgemeinen Regeln des Völkerrechtes sind Bestandteil des Bundesrechtes. Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes.' § 59 II GG luidt: 'Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaften in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften über die Bundesverwaltung entsprechend'.

origine geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende soorten verwijzingsregels, hetgeen ook volgt uit de rechtspraak.[50]

126 Iura novit curia

De grondslag voor de ambtshalve toepassing van het conflictenrecht wordt, evenals in het geval van de toepassing van het eigen recht, gevonden in het beginsel '*iura novit curia*'.[51] De conflictregel wordt immers gezien als een regel van Duits recht, en heeft aldus dezelfde status als Duits *Sachrecht*: '(a)uch Rechtsanwendungsrecht ist Recht'.[52] Ook wordt de conflictregel wel opgevat als een '*Anwendungsbefehl*' van de Duitse wetgever.[53] Sommigen lijken daarom van mening te zijn dat het wettelijke karakter van het conflictenrecht daarbij een rol speelt.[54] De vraag is in hoeverre dit als een toereikende verklaring kan worden beschouwd, aangezien ook ongeschreven conflictregels ambtshalve moeten worden toepast omdat zij aanspraak maken op 'allgemeine Verbindlichtkeit'.[55]

3.3.2.2 Uitzonderingen?

127 'Offenlassen der Rechtswahl'

Hoewel de hoofdregel luidt dat verwijzingsregels voor ambtshalve toepassing in aanmerking komen, kunnen er niettemin situaties worden onderscheiden waarin van deze op het eerste gezicht 'harde' regel wordt afgeweken. Zo kan de conflictenrechtelijke vraag worden opengelaten ('offenlassen der Rechtswahl'). Deze mogelijkheid – die als een equivalent van de antikiesregel kan worden gezien[56] – is naar Duits recht toegestaan.[57] De voorwaarde is wel dat Duits recht niet behoort tot de rechtsstelsels die voor toepassing in aanmerking komen,[58] dus niet wanneer ofwel Duits, ofwel een vreemd recht het geval kan beheersen. Dit hangt samen met het vraagstuk van de *Revisibilität*. Het kan namelijk problematisch zijn wanneer het niet duidelijk is of vreemd of Duits recht is toegepast, wanneer het BGH de toepassing van Duits recht wel mag toetsen, maar de toepassing van vreemd recht niet.

---

50 BGH 15 juli 2008 – VI ZR 105/07, *NJW* 2009, p. 916, r.o. 8.

51 Von Hoffmann/Thorn 2007, p. 103; Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 188.

52 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, p. 393.

53 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 193.

54 Zie Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 188: '(i)n Deutschland müssen die Gerichte das inländische Gesetzesrecht – zu dem das Unionsrecht un das originär inländische Kollisionsrecht zählen – stets und in jeder instanz van Amts wegen berücksichtigen (iura novit curia – da mihi facta, dabo tibi ius)'.

55 BGH 6 maart 1995, II ZR 84/94, *NJW* 1995, p. 2097 e.v., r.o. I.2; Von Hein, in; MüKo BGB, 2015, Einl. IPr, no. 292.

56 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, p. 392.

57 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, p. 393.

58 Kegel/Schurig 2004, p. 497.

128 Facultatief conflictenrecht

Tot slot is er nog de leer van het facultatieve conflictenrecht, die ook als een uitzondering op de ambtshalve toepassing van verwijzingsregels dan wel de introductie van vreemd recht kan worden gezien.[59] Deze leer wordt in Duitsland weliswaar door een aantal auteurs verdedigd,[60] maar heeft verder geen weerklank gevonden in het positieve recht.[61] Ook het BGH heeft in zijn voornoemde oordeel aangegeven, dat de wetgever ter gelegenheid van de hervorming van het Duitse ipr in 1986 bewust niet heeft gekozen voor een facultatief ipr.[62]

3.3.2.3 Partijautonomie

129 'Nachträgliche' of 'konkludente Rechtswahl'

Naast het openlaten van de conflictenrechtelijke vraag, is het mogelijk dat partijen tijdens de procedure stilzwijgend een bepaald recht kiezen. Deze optie, die valt te beschouwen als een stilzwijgende processuele rechtskeuze, is uitsluitend mogelijk indien de conflictregel een rechtskeuze voor de lex fori toestaat. Oorspronkelijk was dit beperkt tot het overeenkomstenrecht (*Schuldvertragsrecht*), maar onder de invloed van verdergaande europeanisering van het ipr is deze mogelijkheid ook tot andere rechtsgebieden uitgebreid. Wanneer partijen hun stellingen inrichten naar Duits recht, moeten zij er rekening mee houden dat de rechter Duits recht toepast, ook al zou normaliter een ander recht toepasselijk zijn. Het leerstuk van de stilzwijgende processuele rechtskeuze wordt voornamelijk gezien als een uiting van de conflictenrechtelijke en niet van de procesrechtelijke partijautonomie, aangezien deze vorm van rechtskeuze alleen kan worden uitgebracht voor zover het conflictenrecht haar toestaat.[63]

In dit verband wordt er in de literatuur op gewezen dat een rechtskeuze een overeenkomst is en dat deze moet voldoen aan de vereisten die aan de totstandkoming van overeenkomsten worden gesteld. Zo moet sprake zijn van een 'objektiv erkennbare, von Erklärungsbewusstein getragene Erklärung der Parteien'.[64] Een van de kritiekpunten is dat in de rechtspraak soms te gemakkelijk een 'konkludente Rechtswahl' wordt aangenomen en deze beide vereisten (bewustzijn en verklaring)

---

59 Zie voor deze leer, o.a. Flessner, *RabelsZ* 1970, p. 547-584; A. Flessner, *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tübingen: Mohr (Siebeck) 1990; D. Koerner, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck 1995; D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*: Tübingen: Mohr Siebeck 1995.

60 Zoals Flessner, *RabelsZ* 1970, p. 547-584.

61 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, § 5, p. 394-395, no. 67.

62 BGH 7 april 1993 – XII ZR 266/91, *NJW* 1993, 2305.

63 Zo volgt uit de stelling van Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 193: '(…) die Möglichkeit einer durch das maßgebende Kollisionsrecht zugelassenen konkludenten Rechtswahl (…)', onder verwijzing naar art. 3 lid 1, tweede zin, Rome I.

64 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 192. OLG München 9.1.1996 – 25 U 4605/95, *IPRspr.* 1996, Nr. 16, p. 61, op p. 62, *BeckRS* 1996, 01150, spreekt van een vereist 'Rechtswahlbewußtsein'.

te snel aanwezig worden geacht, terwijl partijen het toepasselijke recht wellicht slechts over het hoofd hebben gezien.[65]

130 *Präklusion*

Een van de stilzwijgende processuele rechtskeuze te onderscheiden leerstuk is dat van de *Präklusion* (*von Parteivorbringen*). Dit procesrechtelijke begrip houdt in dat wanneer partijen bepaalde vragen te laat aanvoeren, deze door de rechter buiten beschouwing worden gelaten.[66] Voorwaarde is wel dat de *Verhandlungsgrundsatz* van toepassing is.[67] Wanneer partijen de conflictenrechtelijk relevante feiten dus te laat hebben aangevoerd, zal de vraag naar het toepasselijke (buitenlandse) recht niet meer aan de orde komen en de zaak naar Duits recht worden afgedaan.[68] De facto heeft dit hetzelfde effect als een stilzwijgende rechtskeuze, ook al is bij de *Präklusion* geen zogenaamde 'Erklärungsbewusstsein' vereist.[69] Ook in hoger beroep blijven deze stellingen onder de *Präklusion* vallen.[70] Het is wel mogelijk dat het partijdebat weer wordt geopend, maar daarvoor moet aan bepaalde voorwaarden zijn voldaan. Daarop zal in paragraaf 3.5.1. verder worden ingegaan.

3.3.2.4 Conflictenrechtelijke relevante feiten: Auslandsbezug

131 Geen plicht tot vaststelling relevante feiten

Zoals uit het voorgaande bleek, moeten de Duitse gerechten zowel het conflictenrecht als het buitenlandse recht ambtshalve toepassen. Dit betreft de situatie waarin de feitelijke grondslag van het geval überhaupt op de toepasselijkheid van een buitenlands rechtsstelsel wijst. Een andere vraag is, of de Duitse rechter ook verplicht is het voor de rechtsaanwijzing benodigde feitencomplex vast te stellen wanneer dit nog niet (volledig) vaststaat. Het is niet duidelijk in hoeverre de rechter, naast het ambtshalve toepassen van het conflictenrecht, ook de voor rechtsaanwijzing benodigde feiten[71] ambtshalve heeft vast te stellen. Er bestaat geen regel die de Duitse rechter verplicht om ambtshalve internationale elementen vast te stellen.[72] Het antwoord lijkt te zijn, dat voor conflictenrechtelijke relevante feiten dezelfde regels gelden als voor de materieelrechtelijk relevante feiten. Partijen kunnen in contentieuze procedures de conflictenrechtelijk relevante feiten buiten de rechtsstrijd plaatsen ('*Außerstreitstellung*').[73]

---

65 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 192-193.
66 § 296 ZPO.
67 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 194. Anders geldt namelijk de '*Untersuchungsgrundsatz*' en moet de rechter überhaupt uit eigen beweging de noodzakelijke feiten vaststellen.
68 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 193-194.
69 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 193.
70 § 531 ZPO.
71 Ook wel bekend als conflictenrechtelijk relevante feiten of internationale c.q. vreemde elementen.
72 Mann, 'Germany', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 184.
73 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 45-46.

Er bestaat echter discussie over de vraag in hoeverre een dergelijke proceshouding is toegestaan. Zo is Hübner[74] van mening dat dit een ontoelaatbare houding van procespartijen is, aangezien zij ingevolge § 138 I ZPO verplicht zijn over de feiten naar waarheid te verklaren. Het is echter de vraag of die redenering ook verdedigbaar is, wanneer partijen het aanknopingspunt met het buitenland eenvoudigweg niet noemen. Volgens de heersende leer behelst § 138 I ZPO immers sechts een '*Lügeverbot*',[75] zodat het voor twijfel vatbaar is of het enkele buiten beschouwing laten van bepaalde, als oninteressant beschouwde, feiten daaronder valt. Zo zou deze waarheidsplicht slechts gelden binnen het kader van de bewijswaardering van betwiste stellingen.[76] Waarschijnlijk kunnen partijen er dus voor kiezen om internationale elementen buiten de rechtsstrijd te laten om zo de rechtsaanwijzing te beïnvloeden, mits sprake is van een procedure waarin de *Verhandlungsmaxime* geldt.[77]

132 'Hinweispflicht'

De rechter heeft, zoals ook reeds in paragraaf 3.2.3. is aangegeven, wel een *Hinweispflicht*.[78] Deze plicht dwingt hem ertoe om in een voorkomend geval aan partijen om opheldering te vragen. Daardoor kan de rechter in een grensoverschrijdend geval dus ook verplicht kan zijn om, wanneer de gelegenheid zich voordoet, vragen te stellen over het volgens partijen toepasselijke recht. Dit betekent overigens niet dat partijen over de conflictenrechtelijk relevante feiten geen dispositievrijheid zouden hebben. Partijen kunnen, hoewel zij door de rechter op mogelijke aanknopingspunten zijn gewezen, alsnog besluiten het betreffende feit geen deel te laten uitmaken van hun feitelijke stellingen; de rechter zal deze vervolgens niet in zijn oordeel mogen betrekken.[79] De *Verhandlungsgrundsatz* strekt zich ook uit tot deze feiten. Voor zover op grondslag van de *Untersuchungsmaxime* wordt geprocedeerd, zullen de partijen minder vrijheid hebben.[80] De rechter zal deze feiten uit eigen beweging moeten vaststellen.

133 'Präklusion'

Hoewel wordt betwist dat de toepassing van de conflictregel of van buitenlands recht wordt '*präkludiert*' wanneer partijen de toepassing ervan geen deel van de rechtsstrijd hebben gemaakt, lijkt dit anders te zijn in het geval partijen de relevante conflictenrechtelijke feiten tardief hebben aangevoerd. Aangezien deze feiten onder de 'Angriffs- und Verteidigungsmittel' van § 296 ZPO kunnen worden begrepen, zullen ze in voorkomend geval voor *Präklusion* in aanmerking komen. Dit betekent

74 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 194.
75 Wagner, in *MüKo ZPO*, § 138, no. 2.
76 Spickhoff, in: *Europäische Kollisionsrechtvereinheitlichung* 2012, p. 120.
77 Spickhoff, in: *Europäische Kollisionsrechtvereinheitlichung* 2012, p. 120.
78 § 139 Abs. 1 ZPO.
79 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 46.
80 Zie paragraaf 3.7.1. Voor huwelijkszaken is er § 127 Abs. 1 FamFG, dat een beperkte plicht tot ambtshalve vaststelling van noodzakelijke feiten inhoudt. Zie ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 47.

dat wanneer dergelijke feiten te laat worden aangevoerd, deze in beginsel niet meer mee kunnen worden genomen in de beoordeling en de toepassing van vreemd recht aldus uitgesloten is.[81]

3.3.3 De toepassing van buitenlands recht

3.3.3.1 Hoofdregel

134 Ambtshalve toepassing

Naast de *ex officio* toepassing van het Duitse conflictenrecht, moet de rechter ook het buitenlandse recht uit eigen beweging toepassen en, zo nodig, ambtshalve de inhoud daarvan vaststellen. Hoewel § 293 ZPO naar de letter genomen niet bepaalt of het vreemde recht ambtshalve moet worden toegepast,[82] en feitelijk niets anders is dan een regel die '*Freibeweis*' voorschrijft,[83] wordt deze bepaling door zowel literatuur[84] als rechtspraak[85] zodanig geïnterpreteerd dat er in beginsel een ambtshalve taak voor de rechter is weggelegd.

De rechter is niet gebonden aan het standpunt van partijen over de inhoud van het vreemde recht.[86] Hij moet zelfstandig de inhoud van het buitenlandse recht onderzoeken en vaststellen. Hoe de rechter dat doet, is aan zijn eigen beoordeling overgelaten ('*pflichtgemäßen Ermessen*').[87] Hij kan dus zelf een keuze maken tussen de verschillende kanalen waarlangs informatie over de inhoud of strekking van een ander rechtsstelsel tot hem kan komen, ongeacht of het eigen onderzoek betreft of dat daarbij bijvoorbeeld deskundigen of (buitenlandse) overheidsinstanties worden ingeschakeld. De ondergrens is wel dat het onderzoek zonder verzuim van vormen ('*rechtsfehlerfrei*') wordt verricht. Kortom, de rechter draagt de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de juiste rechtstoepassing, ook als dit het vreemde recht betreft. Indien de aangevochten beslissing geen uitsluitsel geeft over de vraag of de rechter zijn plicht om buitenlands recht te onderzoeken is nagekomen, moet worden aangenomen dat een dergelijk onderzoek achterwege is gebleven.[88]

135 Medewerking van partijen

De eindverantwoordelijkheid voor het onderzoek naar vreemd recht ligt weliswaar niet bij de partijen, maar dit neemt niet weg dat ook zij een bepaalde rol spelen. Zo

---

81 Aldus ook Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 193-194.

82 Zie paragraaf 3.3.1.

83 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, p. 419-420. Zo ook BGH 24 november 1960, II ZR 9/60 (KG), *NJW* 1961, p. 410, r.o. II.4; BGH 28 november 1962, IV ZB 251/62 (KG), *NJW* 1963, p. 252, op p. 253; BGH 28 oktober 1965, VII ZR 171/63 (KG), *NJW* 1966, p. 296, r.o. III.1; BGH 30 maart 1976, VI ZR 143/74 (Frankfurt), *NJW* 1976, p. 1581, op p. 1583.

84 Kropholler 2006, p. 645; von Hein in: *MüKoBGB,* 'Einleitung IPR', no. 295.

85 Kegel/Schurig 2004, p. 500.

86 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, p. 415, no. 96.

87 Von Hoffmann/Thorn 2007, p. 105, no. 135

88 BGH 30 april 2013 – VII ZB 22/12, *BeckRS* 2013, 09698, r.o. 39.

zijn de procespartijen gehouden om de rechter te ondersteunen in zijn taak het buitenlandse recht toe te passen.[89] Dit is niet als een verplichting in eigenlijke zin te beschouwen, aangezien er geen directe sanctie op staat, maar eerder als een 'Obliegenheit'.[90] Het gevolg van het niet vervullen van die plicht is namelijk dat de rechter eventueel in het nadeel van de nalatige procespartij kan besluiten dat er door aanvullend onderzoek geen nieuwe inzichten over het vreemd recht verkregen zullen worden.[91] De rechter kan in dat geval dus afzien van verder onderzoek, zonder dat deze een procedurele onregelmatigheid begaat.[92] Dit betekent voor de rechter dat aan zijn *Ermittlungspflicht* minder strenge eisen worden gesteld, en hij met de weigerachtige houding van de partijen rekening kan houden.[93] De procespartijen kunnen het risico lopen dat het toepasselijke recht ofwel als onkenbaar wordt beschouwd, ofwel wordt vastgesteld op een wijze die voor hun rechtspositie nadelig is.

Daarvoor is het niet voldoende dat de partijen niet-onderbouwde stellingen over vreemd recht in hun stukken opnemen.[94] Anderzijds is het enkele overleggen van rechtsbronnen ook niet voldoende. Zo heeft het BGH geoordeeld dat de rechter zijn onderzoeksplicht niet heeft geschonden in het geval waarin de gedaagde hem een overzichtje met jurisprudentie had gegeven, die reeds meer dan twee jaar oud was en die niet van een nadere toelichting vergezeld was, en de rechter deze rechtspraak niet is nagegaan. Het BHG oordeelde dat de partijen 'in Rahmen des Zumutbaren zur Mitwirkung verpflichtet' zijn.[95]

De rechter kan onder omstandigheden aan (één van) de partijen vragen om hem met het onderzoek naar vreemd recht te helpen.[96] Het is een punt van discussie in hoeverre de rechter via een zogeheten *Auflagenbeschluss* de partijen mag bevelen dat zij, op eigen kosten, informatie als deskundigenberichten overleggen. Een meerderheid van de auteurs wijst dit af,[97] omdat dit niet zou samengaan met het beginsel dat de rechter de verantwoordelijkheid voor de rechtstoepassing draagt. Ook zou de sanctie van de *Präklusion*, inhoudende dat een partij zich niet meer op een stelling kan beroepen indien deze te laat is aangevoerd, geen juiste sanctie zijn.[98] Een bevel tot overlegging van bescheiden (*Anordnung*), volgens welke zij bijvoorbeeld een

---

89 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, I, no. 98.

90 Zie ook Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 291 e.v., en D. Schellack, *Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen*, Berlijn: Duncker & Humblot 1998, p. 193 e.v.

91 Zie, o.a., U. Küster, *Die Ermittlung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozeß und ihre Kostenfolgen: eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Hannover), (ongepubliceerd) 1995, p. 49-50.

92 In BGH 15 december 1986 – II ZR 34/86, *NJW* 1987, 1145, op p. 1146, werd aangenomen dat de rechter hier ten onrechte vanuit was gegaan.

93 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, I, no. 98.

94 J. Kindl, 'Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten', *ZZP* 1998, afl. 2, p. 177-203, op p. 184.

95 BGH 30 maart 1976 – VI ZR 143/44, *NJW* 1976, 1581.

96 Zie bijvoorbeeld BGH 23 juni 1964, VI ZR 180/63, *NJW* 1964, 2012. Zo ook Kropholler, *Internationales Privatrecht* 2001, p. 602.

97 Zie de bespreking bij Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 172, eveneens afwijzend. Zo ook H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, München: C.H. Beck 2010, no. 707; Schilken, in: *Festschrift für Ekkehard Schumann* 2001, p. 379.

98 Schilken, in: *Festschrift für Ekkehard Schumann* 2001, p. 379.

deskundigenbericht moet overleggen,[99] kan hen dan ook niet worden opgelegd.[100] Derhalve is het de hoofdregel dat de partijen geen bewijslast voor de inhoud van vreemd recht dragen[101]

Naast de hulp die van de partijen wordt verwacht, kunnen zij ook uit eigen beweging besluiten om hun visie op het toepasselijke recht te geven, of zelfs uit eigen beweging deskundigenberichten in het geding te brengen.[102] Daarbij doet zich de keerzijde van de medaille gelden: indien partijen informatie over het vreemde recht in het geding brengen, betekent dit dat de rechter dit niet onbesproken kan laten.[103] Hoe meer de partijen van een gedetailleerde dan wel uiteenlopende visie op vreemd recht blijk geven, des te meer de rechter zal moeten doen om aan zijn onderzoeksplicht te voldoen.[104]

136 Bundesarbeitsgericht

Een bijzondere regel lijkt te zijn geformuleerd door het Bundesarbeitsgericht. In een geval waarin beide partijen uit dezelfde staat afkomstig waren en ook het recht van die staat toepasselijk was, oordeelde het BAG dat vanwege de bekendheid van de partijen met het toepasselijke recht, de rechter geen verder onderzoek hoefde te doen indien de partijen overeenstemming hebben over de inhoud van dat recht.[105] Volgens het BAG is bij de vaststelling van het vreemde recht van belang of de rechter overtuigd is van de inhoud ervan en dat dit ook mogelijk is wanneer de partijen het erover eens zijn hoe dat vreemde recht luidt. Dit oordeel is in zoverre bijzonder, dat het een uitzondering lijkt te vormen op de hoofdregel van het Duitse recht, namelijk dat de rechter dit onderzoek geheel zelfstandig moet uitvoeren. Sommige auteurs menen dat er van een uitzondering echter geen sprake is. Het oordeel van het BAG wordt door hen uitgelegd in die zin, dat de rechterlijke overtuiging doorslaggevend blijft bij het onderzoek naar vreemd recht; in dit specifieke geval zouden de uiteenzettingen van de partijen slechts een factor zijn die bij de rechterlijke overtuiging in aanmerking wordt genomen.[106]

137 Rechtsgespräch en Präklusion

Een bijzondere moeilijkheid bij de daadwerkelijke toepassing van vreemd recht is dat, in tegenstelling tot de conflictregel die het heeft aangewezen, het voor de partijen in beginsel onbekend terrein zal zijn. Conflictregels maken immers nog deel

99 Zie Spickhoff, *ZZP* 1999, p. 273.
100 § 273 Abs. 2 ZPO. Zie Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 707.
101 Zie daarvoor het voorgaande randnummer.
102 Zie Geimer, in: Zoller/Geimer, *ZPO* 2012, § 293, aant. 16.
103 Zie Geimer, in: Zoller/Geimer, *ZPO*, 2012, § 293, aant. 16.
104 Zie, o.a., Kindl, *ZZP* 1998, p. 184; Von Hein, in: 'Einleitung zum Internationalen Privatrecht', *MüKo* 2015, aant. 297.
105 BAG 10 april 1975 – 2 AZR 128/74, *BeckRS* 9998, 152724, AP Internat. Privatrecht, Arbeitsrecht Nr. 12.
106 Prütting, '§ 293 ZPO', in: *MüKo ZPO*, aant. 50.

uit van het eigen recht, zodat het redelijk is te vereisen dat de partijen de toepassing ervan hadden kunnen verwachten. Bij vreemd recht is dat evenwel anders.

Voor de Präklusion kan dezelfde conclusie worden getrokken als bij de conflictregel het geval is, namelijk dat dit leerstuk, althans volgens de heersende leer, alleen maar ziet op het aanvoeren van feiten of het inroepen van bijzondere rechtsmiddelen of verweren, maar niet op de toepassing van rechtsregels. Deze laatste zijn immers door de rechter uit eigen beweging toe te passen. Hieruit volgt dat de feiten die voor de toepassing van materieel buitenlands recht benodigd zijn, wel onder dit leerstuk vallen. Hetzelfde gaat op voor bijzondere, aan vreemde recht ontleende rechtsvorderingen of verweermiddelen.

3.3.3.2 Toepassing van buitenlandse voorrangsregels

138 Onduidelijke processuele status

Het is niet geheel duidelijk wat naar Duits recht de processuele status van buitenlande voorrangsregels is. De literatuur lijkt deze categorie van gevallen te scharen onder de problematiek van buitenlands publiekrecht.[107] Het lijkt niet als een onderdeel van het toepasselijke buitenlandse recht beschouwd te worden, zoals dit wordt aangewezen door het conflictenrecht.[108] Vreemde voorrangsregels worden voornamelijk gezien als een 'tatsächlicher Umstand', die in aanmerking genomen wordt, in plaats van een rechtsnorm.[109] Het is daarom niet duidelijk of deze regels ambtshalve toegepast moeten worden, of dat de rechter de plicht heeft met relevante vreemde voorrangsregels rekening te houden of deze op te sporen.

3.4 Complicaties bij de toepassing van buitenlands recht

3.4.1 Onderzoek naar de inhoud van vreemd recht: 'Ermittlungsweisen'

139 'Ermittlungspflicht'

Zoals bleek uit de vorige paragraaf, heeft de Duitse rechter de plicht om uit eigen beweging de inhoud van het vreemde recht vast te stellen. Welke middelen hij daartoe aanwendt, is aan diens '*pflichtgemäßen Ermessen*' overgelaten.[110] Het Duitse rechtssysteem stelt geen bijzondere voorwaarden aan de wijze waarop het vreemde recht vastgesteld moet worden. Een verklaring daarvoor kan worden gevonden in het feit, dat buitenlands recht op één lijn wordt gesteld met het eigen recht, en dus de kennis van dat recht wordt verondersteld. Deze 'Spielraum' is echter niet onbegrensd, en onder omstandigheden kan de rechter nochtans verplicht zijn om de

107 Zie Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 11.

108 Zie Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 11: 'Die Ableitung einer Rechtsfolge aus ausländischem öffentlichem Recht kann daher im Zivilverfahren nicht als ein Regelfall der Anwendung ausländischen Rechts angesehen worden.'

109 Lorenz, in: *BeckOK BGB*, Einl. IPR, aant. 50 en de daar aangehaalde rechtspraak.

110 Von Hoffmann/Thorn 2007, p. 105, no. 135.

inhoud van buitenlands recht op een bepaalde manier vast te stellen. Om die reden wordt ook wel gezegd dat de rechter de verantwoordelijkheid heeft om de inhoud van buitenlands recht vast te stellen met gebruikmaking van alle hem ter beschikking staande middelen ('*unter Ausschöpfung aller zugänglichen Erkenntnisquellen*').

De vraag wanneer de rechter wordt beperkt in zijn vrijheid om het middel te kiezen ter vaststelling van de inhoud van vreemd recht, kan niet in abstracto worden beantwoord en is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Sommige auteurs hebben op basis van de rechtspraak wel enkele indicatoren kunnen vaststellen, die van invloed lijken te zijn op de beoordelingsvrijheid die de rechter in dit verband bezit.[111] Zo speelt de complexiteit van het geval een belangrijke rol. Hoe eenvoudiger de zaak is, des te eenvoudiger kan de rechter onderzoek doen naar de inhoud van het toepasselijke recht. In een complexer geval kan deskundigenbewijs uitkomst bieden. Een tweede factor lijkt de proceshouding van partijen te zijn. Wanneer zij meer informatie over het toepasselijke recht aanvoeren, brengt dit een verdergaande plicht van de rechter om de inhoud van dat recht te achterhalen. Indien de partijen daarentegen weinig aanvoeren, hoeft de rechter zich ook minder in te spannen.

Volgens sommige auteurs is de beoordelingsvrijheid van de Duitse rechter niet zo groot als meestal wordt begrepen.[112] De reden daarvoor is dat de rechter zich niet kan beperken tot wetteksten, en juist de werkelijke betekenis van het buitenlandse recht, zoals dat in de praktijk wordt toegepast, moet achterhalen. Om die reden zal hij vaak zijn aangewezen op het gebruik van deskundigenberichten, ook al staan andere middelen ter beschikking, zoals gebruikmaking van de Europese Overeenkomst van 1968.

140 Drie methoden

Met betrekking tot de manieren waarop informatie over vreemd recht kan worden verkregen, worden er drie wijzen van *Ermittlung* onderscheiden: een interne wijze (*gerichtsintern*), een 'vormvrije' manier, ook wel *Freibeweis* genoemd, en, tot slot, een vormelijke manier, soms beter bekend als *Strengbeweis*.[113] Elke methode kent zijn voor- en nadelen. Deze drie zullen hierna worden behandeld.

Ten eerste de mogelijkheid dat de rechter probeert om op 'interne' wijze informatie over buitenlands recht te achterhalen. Dit betekent dat hij, net zoals in het geval van Duits recht, zelf onderzoek doet. Aangenomen wordt dat dit volgt uit de eerste zin van § 293 ZPO, welke bepaling voorschrijft dat 'bewijs' slechts vereist is voor zover de rechter met vreemd recht onbekend is.[114] Deze wijze van het vaststellen van de inhoud van vreemd recht is vooral relevant wanneer sprake is

111 Kindl, *ZZP* 1998, p. 182-186.

112 L. Fastrich, 'Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts', *ZZP* 1984, afl. 4, p. 423-445, op p. 434.

113 Leipold, in: Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 36. Zie ook Bacher, in: *BeckOK ZPO*, 2015, § 293, no. 11 e.v.

114 Althans volgens Leipold, in Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 37; K. Sommerlad & J. Schrey, 'Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung', *NJW* 1991, p. 1377-1383, op p. 1379.

van de toepasselijkheid van het recht van Duitstalige staten[115] of de rechter vertrouwd is met het toepasselijke recht en de daarvoor benodigde talenkennis bezit, of wanneer een Duitstalig werk de inhoud van het vreemde recht goed weergeeft.[116] Ook wordt deze methode wel gebruikt wanneer het gaat om gewoonterecht of *Statuten*.[117] Vooral in zaken die eenvoudig van aard zijn kan de 'interne' methode van informatieverkrijging een belangrijke rol spelen.[118] Wanneer van deze manier gebruikt wordt gemaakt, moet de rechter wel aangegeven op welke rechtsbronnen hij zich heeft gebaseerd.[119]

Ten tweede is het mogelijk dat de Duitse rechter de weg volgt van het zogenaamde *Freibeweis*, dat niet aan vormen is gebonden.[120] Op deze wijze kan de rechter op vormvrije wijze informatie over vreemd recht verkrijgen. De rechter kan daartoe van ambtenaren en particulieren, zowel in binnen- als buitenland, informatie te vragen of om informatie in andere procedures te gebruiken.[121] In dit verband kan verder de Europese Overeenkomst van 1968 worden genoemd.[122] Deze Overeenkomst is voor Duitsland in werking getreden op 19 maart 1975[123] en is uitgewerkt in het *Auslands-Rechtsauskunftgesetz* (*AuRAG*).[124] In § 4 AuRAG is bepaald dat de betreffende functionaris niet opgeroepen kan worden om in de Duitse procedure te worden gehoord ('*Ladungsverbot*'). Het gebruik van de Overeenkomst is echter gering.[125] Een mogelijke oorzaak kan zijn dat de Duitse jurisprudentie zware eisen stelt aan de 'Ermittlungspflicht' van de feitenrechter. Wanneer op grond van de Overeenkomst informatie wordt verkregen, kan deze, met name door het abstracte karakter van de antwoorden, al snel als onvolledig worden gezien.[126] Dit is voor een feitenrechter een reden om reeds snel te besluiten om via andere wegen informatie over het betreffende rechtsstelsel te verkrijgen, zoals een deskundigenbericht. Een andere reden voor de 'uitholling' van het systeem van de Overeenkomst genoemd wordt, is het recht van partijen om aan een benoemde deskundige vragen

115 Zie Bacher, in *BeckOK ZPO*, 2015, § 293, no. 13.

116 Leipold, in Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 38.

117 Bacher, in *BeckOK ZPO*, 2015, § 293, no. 13.

118 Von Hoffmann/Thorn 2007, no. 136.

119 Leipold, in Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 38.

120 Leipold, in: Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 39.

121 Leipold, in: Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 39.

122 *BGBl.* 1974 II, p. 937. Zie ook het *Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht und seines Zusatzprotokolls (Auslands-Rechtsauskunftsgesetz – AuRAG*), 5 juli 1974, *BGBl.* 1974 I, p. 1433. Deze wet is op 19 maart 1975 in werking getreden, zie Leipold, in: Stein/Jonas, ZPO, 2008, § 293, no. 117.

123 *Bekanntmachung über das Inkrafttreten des Gesetzes zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens vom 7. Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht*, 26 februari 1975, *BGBl.* 1975 I, p. 698.

124 *Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens vom 7. Juni 1968 betreffend Auskünfte über ausländisches Recht*, 4 juli 1974, *BGBl. I* S. 1433. Deze wet is in werking getreden op dezelfde dag als de Overeenkomst, zie § 11 Abs. 2 AuRAG en daarnevens de tweede alinea van de *Bekanntmachung* van 1975.

125 Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 709.

126 Zie bijvoorbeeld BGH 30 januari 2001, *IPRax* 2003, 302 (Nr. 19). Zie de annotatie van Hüßtege, *IPRax* 2003, p. 292-294.

te stellen. Dit is onder het systeem van de Overeenkomst niet mogelijk, gezien het reeds genoemde 'Ladungsverbot'.[127]

Tot slot kan de rechter pogen om de inhoud van vreemd recht vast te stellen door middel van *Strengbeweis*, hetgeen er in de context van vreemd recht op zal neerkomen dat een deskundige (*Sachverständige*) zal worden benoemd die een deskundigenbericht (*Gutachten*) zal opstellen. Wanneer de rechter deze weg bewandelt, heeft hij wel rekening te houden met de procedurele vereisten die aan de 'bewijslevering' worden gesteld.[128] Zo heeft de rechter de plicht om, indien partijen dat wensen, de deskundige op te roepen om een mondelinge toelichting te kunnen geven en vragen van partijen te beantwoorden ('*zum Termin laden*').[129] Dit is uitdrukkelijk door het BGH uitgemaakt in een uitspraak uit 1975,[130] waarin op grond van § 402 jo. § 397 ZPO[131] een '*Fragerecht*' voor procespartijen is aangenomen. Deze uitspraak is wel bekritiseerd, omdat hierdoor de beoordelingsvrijheid ('*Ermessensspielraum*') van de rechter wordt aangetast.[132]

141 'Sachverständigengutachten'

Het gebruik van *Sachverständigen* is van een dergelijke aard, dat het gerechtvaardigd is daaraan wat meer aandacht te besteden. Het gebruik van dergelijke deskundigenberichten is namelijk diep in de Duitse procescultuur verankerd. Veelal zijn de 'Sachverständigen' professoren aan Duitse rechtenfaculteiten. Ook het *Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* is een vaak aangezocht instituut, dat, vanwege diens omvangrijke rechtsvergelijkende kennis en goed toegeruste bibliotheek, vele verzoeken voor deskundigenberichten krijgt.[133]

Er bestaat een zekere voorkeur voor 'Duitse' deskundigen in plaats van deskundigen uit het buitenland. Als voordelen van 'inlandse' deskundigen is dat de processtukken aan hen kunnen worden opgestuurd, dat zij de Duitse taal machtig zijn (en zo dus vertaalkosten worden uitgespaard) en dat zij met het Duitse recht bekend zijn.[134] Het argument dat buitenlandse deskundigen wellicht meer weten van hun eigen rechtsstelsel, lijkt daarbij niet altijd doorslaggevend te zijn.[135] In een enkel geval heeft het BGH zich echter kritisch uitgelaten over een Duitse deskundige, en de

127 Zie Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 714.

128 Leipold, in: Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 43.

129 Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 713-714.

130 BGH 10 juli 1975, *NJW* 1975, 2142.

131 § 402 ZPO is een schakelbepaling, die de bepalingen inzake bewijslevering door getuigen van overeenkomstige toepassing verklaart op het deskundigenbewijs. § 397 ZPO omvat het recht van partijen om vragen te stellen aan getuigen

132 Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 713-714.

133 Veel van deze 'Gutachen' worden gepubliceerd, zie *Gutachten zum internationalen und ausländischen Privatrecht*, Berlijn: De Gruyter, uitgegeven vanaf 1965/66-1987/88 en van 1996 tot heden.

134 Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 710.

135 Zie ook de opmerking van Hüßtege in zijn annotatie bij BGH 30 januari 2001, *IPrax* 2002, 302 (nr. 19), waarin hij stelt dat, wanneer vluchtig gelezen, met deze uitspraak 'wieder die typisch deutsche Art durchgesetzt hat, alles besser zu wissen, als die zu ihrem Heimatrecht Auskunft gebenden ausländischen Behörden', overigens gevolgd door de ontkenning dat zulks in casu aan de hand was.

voorkeur voor een deskundige uit de betrokken vreemde staat uitgesproken. Zo geschiedde in een geval waarin Venelozaans recht van toepassing en er naar de mening van de rechter niet voldoende informatie werd gegeven over de stand van de rechtspraak ('*Rechtspraxis*'). Aangezien het voor de betrokken deskundige van het Max Planck Institut de eerste keer was om over Venelozaans recht te berichten, werd een hoogleraar daar te lande beter in staat werd geacht om in deze informatie te voorzien.[136]

De hoofdregel van het Duitse bewijsrecht is dat een deskundige niet kan worden verplicht een *Gutachten* op te stellen, zoals bijvoorbeeld een getuige tegen zijn of haar zin kan worden opgeroepen.[137] Op deze regel bestaat echter een uitzondering voor het geval dat er anders geen deskundige kan worden gevonden die bereid is om als zodanig op te treden. In die situatie kent § 407 ZPO de zogenaamde *Pflicht zur Erstattung des Gutachtens*.[138] Dit houdt in dat degene die is benoemd tot deskundige, onder omstandigheden verplicht is aan deze benoeming gehoor te geven. Dit betreft echter een uitzondering op de hoofdregel, dat een deskundige niet verplicht is om voor het gerecht te verschijnen. Deze verplichting is aanwezig in vier situaties:[139]

- de deskundige een publieke aanstelling heeft ('öffentlicht bestellt ist')
- iemand de wetenschap, kunst of 'Gewerbe' openlijk beoefent, waarvan de kennis benodigd is voor de *Gutachten*, dat ziet op elke wijze waarop op een duurzame manier wordt geprobeerd inkomsten te verkrijgen, zij het zelfstandig of afhankelijk;
- iemand officieel is aangesteld ter uitoefening van een dergelijke wetenschap, kunst of 'Gewerbe', hetgeen ziet op beroepen die een bepaalde toelating kennen,
- iemand die zich bereid heeft verklaard tot een *Gutachten* in het concrete geval.

Wanneer de deskundige niet voldoet aan de plicht om een *Gutachten* te geven, kan hij verantwoordelijk worden gehouden voor de daardoor ontstane kosten en kan hem een boete ('*Ordnungsgeld*') worden opgelegd. Een deskundige kan zich 'verschonen' zoals een getuige dat kan en om dezelfde redenen, namelijk hetzij op persoonlijke gronden,[140] hetzij op zakelijke gronden.[141]

Interessant is verder dat een deskundige kan worden gewraakt ('*Ablehnung*') op dezelfde gronden als de rechter.[142] Dit kan het geval zijn wanneer de deskundige

136 BGH 21 januari 1991 – II ZR 50/90, *NJW* 1991, 1418. Kritisch: J. Samtleben, 'Der unfähige Gutachter und die ausländische Rechtspraxis', *NJW* 1992, p. 3057-3062, die het oordeel vergelijkt met de manier waarop de Engelse rechter gedurende langere tijd de geschiktheid van deskundigen heeft beoordeeld.

137 Huber, in: *Musielak/Voit ZPO* 2015, § 407, no. 1. Voor het Max Planck Institut, zie Bach & Gruber, 'Austria and Germany', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 107.

138 Zie ook Zimmermann, in: *MüKo ZPO* 2012, § 407, no. 1.

139 Huber, in: Musielak/Voit, *ZPO*, 2015, § 407, no. 1.

140 § 408 I jo. § 383 ZPO. Deze gronden zien voornamelijk op verwantschap of betrekkingen in de relationele sfeer, of op zekere functies die de getuige (lees: deskundige) vervult.

141 § 408 I jo. § 384 ZPO. Deze gronden zien op eventuele gevolgen voor verwanten of partners, namelijk wanneer te vrezen valt dat zij schade zullen lijden door de getuigenis of kunnen vrezen voor strafvervolging. Ook kan de getuige zich verschonen, wanneer een kunst- of bedrijfsgeheim door de getuigenis wordt geopenbaard.

142 § 406 ZPO.

reeds als een (betaalde) deskundige voor één van de partijen (*Privatgutachter*) is opgetreden.[143] Naast de wraking kan dit ook financiële consequenties hebben voor de deskundige. Zo kan hem zijn vergoeding ontzegd worden, indien hij (door nalatigheid) aan zijn wraking heeft bijgedragen.[144] Indien de deskundige verder een inhoudelijk gezien onjuiste rapportage heeft uitgebracht, kan hij, bij grove nalatigheid althans, aansprakelijk zijn voor de daaruit voortvloeiende schade.[145]

3.4.2 Kosten van het onderzoek naar de inhoud van vreemd recht

142 Kosten van de 'Ermittlung'

Het achterhalen van informatie over buitenlands recht kan kosten meebrengen.[146] Daarbij maakt het uit of gebruik wordt gemaakt van de formele regels van bewijsrecht ('*Strengbeweis*') of de meer informele regels ('*Freibeweis*'). Dit is relevant, aangezien in het Duitse procesrecht onder proceskosten verschillende kostenposten worden begrepen. In dit verband zijn daarbij voornamelijk de gerechtskosten ('*Gerichtskosten*') en de partijkosten ('*Parteikosten*') van belang.[147] Tot de eerste categorie die verband houden met de door de staat verleende diensten, zoals legels of griffierechten ('*Gebühren*') en onkosten ('*Auslagen*'). Als 'Auslage' worden ook de kosten voor deskundigen en hun oproeping gerekend, of de kosten van vertalers.[148] Tot de tweede categorie de kosten die de partij zelf heeft moeten maken, zoals het laten opstellen van een *Privatgutachten*.[149]

De hoofdregel van het Duitse procesrecht is dat de kosten ('*Kosten des Rechtsstreits*') door de verliezende partij worden gedragen, voor zover het althans kosten die passend zijn voor vordering of verweer.[150] In uitzonderingsgevallen kan de rechter daarvan afzien, veelal in familiezaken, zoals echtscheiding of de vaststelling van het vaderschap. In dat geval kan de rechter besluiten om de kosten gelijkmatig te verdelen of een verdeling naar billijkheid te maken.[151]

In het eerste geval, namelijk wanneer gebruik wordt gemaakt van deskundigen, zullen de kosten voor *Sachverständigengutachten* komen te vallen onder de algemene regels voor de vergoeding van gerechtskosten.[152] Daarbij zal de deskundige bepaalde kosten vergoed kunnen krijgen en een honorarium worden toegekend.[153] Deze vergoeding wordt bepaald overeenkomstig het *Justizvergütungs- und -entschädi-*

---

143 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 121, no. 26-29 en de daar aangehaalde rechtspraak.

144 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 121, no. 65.

145 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 121, no. 53-59.

146 Zie uitgebreid daarover Küster, *Ermittlung ausländischen Rechts* 1995, i.h.b. p. 103-112; Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 126-130.

147 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 83, no. 3.

148 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 83, no. 4-6.

149 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 83, no. 25.

150 § 91 Abs. 1 ZPO.

151 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 84, no. 11 e.v.

152 Bacher, in: *BeckOK ZPO*, 2015, § 293, no. 29.

153 § 413 ZPO.

gungsgesetz (JVEG), en bestaat, naast het honorarium, uit reiskosten, een dagvergoeding voor het verblijf buiten de woonplaats en overige kosten.[154] Voor deskundigen die in het buitenland hun gewone verblijfplaats hebben, kan een hogere vergoeding worden toegekend. Dit kan met name voor het onderzoek naar vreemd recht relevant zijn. Het honorarium is afhankelijk van de groep waartoe deze behoort.[155] De deskundige kan een voorschot op zijn vergoeding toegekend worden.[156]

143 Gefinancierde rechtsbijstand

Partijen die financieel minder draagkrachtig zijn, en voor wie een procedure een te zware belasting kan betekenen, kunnen in aanmerking komen voor *Prozesskostenhilfe* (PKH), voor procedures onder de ZPO, of *Verfahrenskostenhilfe*, voor procedures onder het FamFG.[157] De PKH zal aan de betrokken partij moeten worden toegekend, en in dat verband is het van belang dat wordt bekeken in hoeverre de vordering of het verweer kans van slagen heeft ('*Erfolgsaussicht*'). Daarbij wordt het bewijs ex ante beoordeeld, een zogeheten *Beweisantizipation*.[158] Het is de vraag in hoeverre de moeilijkheid van het onderzoek naar buitenlands recht daarvan deel uitmaakt. Bij de beoordeling zou een flexibile aanpak de voorkeur verdienen, mede vanwege de moeilijkheid dat vreemd recht niet bekend is en om die reden naar de inhoud ervan onderzoek verrichten moet worden.

Indien door één van de partijen met behulp van *Prozesskostenhilfe* procedeert en in het ongelijk worden gesteld, vervalt de plicht tot vergoeding van de proceskosten. Partijen die al een voorschot hadden betaald, kunnen deze terugvorderen.[159]

3.4.3 'Nichtfeststelbarkeit' van de inhoud van buitenlands recht

3.4.3.1 Maatstaf

144 Duidelijke maatstaf

Het criterium dat in het Duitse recht wordt gehanteerd, is dat de rechter het buitenlandse recht 'aan zichzelf moet bewijzen'; hij moet er 'volledig overtuigd' van zijn dat het buitenlandse recht een bepaalde inhoud of strekking heeft.[160] Nietvaststelbaarheid van het buitenlandse recht is aanwezig, wanneer:[161]

> '(…) dessen Inhalt nach Ausschöpfung aller mit verhältnismäßigem Aufwand zugänglichen Erkenntnismittel nicht sicher festgestellt werden kann.'

154 § 8 JVEG.
155 § 9 JVEG.
156 § 3 JVEG.
157 § 14 ZPO resp. § 76-78 FamFG.
158 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 87, no. 31-33.
159 Zie Rosenberg/Schwab/Gottwald, *Zivilprozessrecht* 2009, § 83, no. 3. Zie verder § 313 Abs. 3, eerste zin, GKG, en § 26 Abs. 3 FamGKG.
160 Zie Bach & Gruber, 'Austria and Germany', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 105 en 107.
161 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 335.

Hübner geeft de volgende definitie van niet-vaststelbaarheid:

> '(…) Nicht ermittelbar ist ausländisches Recht immer dann, wenn nach Ausschöpfung aller mit verhältnismäßigen Aufwand zugänglichen Erkenntnismittel ein Informationsdefizit über den Inhalts des ausländischen Rechts verbleibt, das eine eindeutige, lückenlose, schlüssige und überprüfbare Argumentation zu den sich stellenden Rechtsfragen ausschließt und das nicht methodisch (durch Auslegung oder Rechtsfortbildung) ausgeglichen werden kann.'[162]

De vraag of buitenlands recht niet kenbaar is, moet volgens de literatuur echter worden onderscheiden van de vraag of de rechter de juiste interpretatie van het vreemde recht kan achterhalen. De rechter kan zich er niet op beroepen dat het buitenlandse recht onkenbaar is, wanneer er onduidelijkheid over de betreffende rechtsvraag bestaat omdat deze in het recht van de herkomststaat nog niet 'höchstrichterlich geklahrt' is.[163] In dat geval moet de rechter alsnog met de hem bekende bronnen pogen om het recht zodanig te interpreteren, zoals dit in het land van oorsprong gebruikelijk is. Desnoods moet de rechter aan '*Rechtsfortbildung*' doen.[164] Het is niet vereist dat er absolute zekerheid over de interpretatie van vreemd recht bestaat. Benodigd is dat er 'juristische Vertretbarkeit' bestaat.[165]

Volgens sommige schrijvers is het probleem van een onkenbaar buitenlands recht niet zo groot en zal dit zich slechts in uitzonderingssituaties voordoen, omdat er hoge eisen aan de 'Nichtermittelbarkeit' worden gesteld.[166] Dit komt omdat de Duitse rechter verplicht is het buitenlandse recht uit te leggen en desnoods verder te ontwikkelen ('*Fortentwicklung*').[167]

3.4.3.2 Alternatieven

145 Lex fori als hoofdregel

Wanneer de juiste inhoud van het buitenlandse recht niet kan worden vastgesteld, wordt in hoofdzaak teruggegrepen op de lex fori. Deze regel ligt al in eerdere rechtspraak besloten. Het Reichsgericht oordeelde in 1900 dat de rechter uit eigen beweging had moeten onderzoeken hoe het toepasselijke, in casu Engelse, recht luidde. Slechts ingeval een dergelijk onderzoek zonder gevolg blijft, kan hij de zaak met inachtneming van het Duitse recht beslissen:[168]

> 'Erst bei der Ergebnißlosigkeit solcher Aufforderung und Ermittelungen (naar vreemd recht, auteur) bleibt nichts übrig, als den Streit auf dem Boden des inländisches Rechts zu entscheiden.'

162 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 351.
163 Von Hein, in *MüKo BGB*, 2015, Einl. IPR, no. 303.
164 Von Hein, in *MüKo BGB*, 2015, Einl. IPR, no. 303. Daarover meer in paragraaf 3.4.4.
165 Von Hein, in *MüKo BGB*, 2015, Einl. IPR, no. 303.
166 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 351.
167 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 351. Zie daarvoor meer in paragaaf 3.4.4.
168 RG 22 juni 1900, VII 88/00, *JW* 1900, S. 589 Nr. 4 (589).

Het Bundesgerichtshof heeft dit voor het eerst[169] uitdrukkelijk geoordeeld in een zaak uit 1977.[170] Het betrof de erkenning van een buitenechtelijk kind met een Duitse moeder. De moeder trouwde twee jaar na de geboorte van het kind met een Tunesische man, die het kind als het zijne erkende door daartoe een verklaring bij de burgerlijke stand af te leggen. Beide ouders wonen met het kind in Duitsland. De ambtenaar van de burgerlijke stand verzocht het *Amtsgericht* om de legitimatie in het geboorteregister in te schrijven. Het *Amtsgericht* gaf de ambtenaar van de burgerlijke stand opdracht om een notariële akte van instemming door het kind met *Pflegebestellung*, een overeenkomstige vergunning van de met voogdij belaste rechter ('*entsprechende vormundschaftgerichtliche Genehmigung*'), en een notariële akte van instemming van de moeder te overleggen. In *Beschwerde* werd dit oordeel door het Landesgericht vernietigd en werd geoordeeld dat in het geboorteregister moest worden opgenomen dat het kind is gewettigd door het huwelijk van de ouders. Het Oberlandesgericht legde de zaak aan het BGH voor. De vraag rees of Tunesisch of Duits recht van toepassing was. Tunesisch recht bleek niet kenbaar te zijn. In deze zaak oordeelde het BGH dat de toepassing van het eigen recht de voorkeur verdient als de '*praktikabelste Lösung*', vooral wanneer er sterke banden met Duitsland ('*starke Inlandsbeziehungen*') bestaan.

Dit oordeel is door het BGH bevestigd in 1982.[171] In deze zaak oordeelde het BGH dat de toepassing van Duits recht in casu niet als onbevredigend zal worden beschouwd, aangezien er sterke banden met Duitsland aanwezig waren, terwijl het betrokken recht van het kind in het Turkse rechtsdenken niet onbekend zou zijn:

> 'Im vorliegenden Fall würde nach den bisherigen Feststellungen des BerGer. die Anwendung des deutschen Rechts, nach dem ein Anfechtungsrecht des Kindes nach Maßgabe der § § 1593 ff. BGB in Betracht kommt, nicht unbefriedigend erscheinen, weil der Fall durch den Inlandsaufenthalt von Mutter und Kind eine Inlandsbeziehung aufweist und überdies ein Anfechtungsrecht des Kindes auch dem türkischen Rechtsdenken jedenfalls nicht völlig fremd wäre.'

Aldus werd de lex fori-benadering als het uitgangspunt gekozen. Hoewel de toepassing van de Duits recht als *Ersatzrecht* dus als hoofdregel kan worden gezien, betekent dit niet dat daarop geen uitzonderingen bestaan. Zo lijkt de toepassing van het eigen recht niet te worden aanvaard wanneer dat 'äußerst unbefriedigend' zou zijn.[172]

146 Alternatieven

In die gevallen waarin de lex fori niet als alternatief wordt gebruikt of kan worden gebruikt, staat de rechter een aantal alternatieven ter beschikking. Zo is het mogelijk dat de rechter, in plaats van het eigen recht toe te passen, het buitenlandse recht naar waarschijnlijkheid toepast of gebruik maakt van een met dat recht verwant

169 Althans volgens Mann, 'Germany', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 199-200.

170 BGH 26 oktober 1977, IV ZB 77/7, *NJW* 1978, p. 496 e.v., i.h.b. p. 498.

171 BGH 23 december 1981, IV b ZR 643/80 (KG), *NJW* 1982, p. 1215 e.v.

172 Kropholler 2006, p. 217. Von Hein, in: *MüKoBGB*, 2015, Einl. IPR, no .304. Zie ook BGH 26 oktober 1977, *NJW* 1978, 496.

rechtsstelsel. Het BGH heeft dit toegestaan, maar tevens geoordeeld dat het niet opportuun is om een dergelijke oplossing tot een algemeen uitgangspunt te verheffen, aangezien daarmee wordt verwezen naar een '*Ungewisses Recht*' en het beslissingsproces aanzienlijk wordt gecompliceerd.[173]

In nauw verband met het toepassen van een verwant recht, staat het toepassen van een recht dat toepasselijk is ingevolge een '*Hilfsanknüpfung*',[174] ofwel het recht dat nauw betrokken is bij het geval, bijvoorbeeld doordat het subsidiair toepasselijk is ingevolge een getrapte conflictregel. Ook het toepassen van eenvormig recht of algemene beginselen is wel aangevoerd als mogelijk alternatief voor de lex fori. De literatuur staat echter sceptisch tegenover deze alternatieven.[175]

3.4.4 Interpretatie: 'Lückenfüllung' en 'Fortentwicklung'

147 Toepassing van vreemd recht met in begrip van de '*Rechtspraxis*'

Van het geval van 'niet-vaststelbaarheid' van buitenlands recht moet worden onderscheiden het geval waarin het vreemde recht moet worden geïnterpreteerd. De Duitse rechter is verplicht om het vreemde recht op dezelfde wijze toe te passen, zoals de rechter van de staat waarvan het recht van toepassing is dat in de praktijk zou toepassen.[176] Het BGH heeft meermalen geoordeeld dat het niet volstaat dat de rechter slechts primaire bronnen, zoals wetteksten, aanhaalt maar ook de toepassing van dat recht in de praktijk heeft na te gaan, met name de rechtspraak.[177] Zo oordeelde het BGH in 2003:[178]

> 'Wie er (de feitenrechter, auteur) sich diese Kenntnis (over vreemd recht, auteur) verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, jedoch darf sich die Ermittlung des fremden Rechts nicht auf die Heranziehung der Rechtsquellen beschränken, sondern muss auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen (…).'

Dit oordeel is recentelijk door het BGH herhaald.[179] In dat geval ging het om de vraag, of een door Duits recht beheerste vordering die in een Engels faillissement was ingediend, onder de door de Engelse Insolvency Act 1986 verleende 'schone lei' ('Restschuldbefreiung') zou vallen. Dit zou immers niet gelden voor bepaalde vorderingen, die waren ontstaan of blijven bestaan als gevolg van fraude of een frauduleuze vertrouwensbreuk. De lagere rechter had zich beperkt tot een verzoek om inlichtingen onder de Europese Overeenkomst van 1968. In hoger beroep werd geoordeeld dat de vordering ongegrond was. In het daartegen ingestelde beroep in Revision herhaalde het Bundesgerichtshof eerst de vaste rechtspraak, volgens welke

173 BGH 26 oktober 1977, *NJW* 1978, 496, op p. 498.
174 Kropholler 2006, p. 218.
175 Zie, bijvoorbeeld, Kropholler 2006, p. 218-219.
176 Rosenberg & Schwab/Gottwald 2010, § 111, no. 117.
177 BGH 27 april 1976, *NJW* 1976, 1588.
178 BGH 23 juni 2003, *NJW* 2003, 2685, r.o. 2.a).
179 BGH 14 januari 2014, *NJW* 2014, 1244, r.o. 15.b).

de rechter ambtshalve onderzoek naar de inhoud van vreemd recht behoort te doen. Het BGH vervolgde verder:

> 'Jedoch darf sich die Ermittlung des fremden Rechts nicht auf die Heranziehung der Rechtsquellen beschränken, sondern muss auch die konkrete Ausgestaltung des Rechts in der ausländischen Rechtspraxis, insbesondere die ausländische Rechtsprechung, berücksichtigen.'

Het komt erop neer dat de rechter zich niet kan beperken tot een of enkele rechtsbronnen, maar de daadwerkelijke toepassing dient te achterhalen. De rechter kan op zijn minst de rechtspraak van de hoogste rechterlijke instantie van het betreffende land in ogenschouw nemen.[180]

Zoals het probleem door het BGH wordt gesteld, lijkt het zich te beperken tot de idee van het 'pflichtgemäßen Ermessen', en dus op de inspanning die de Duitse rechter zich moet getroosten om de inhoud van vreemd recht te vast te stellen. Het is bijzonder te noemen dat de kwestie van de 'interpretatie' van vreemd recht in de sleutel van de 'Ermittlung' wordt geplaatst. Dit wordt mogelijk verklaard door het feit dat het BGH niet de toepassing van vreemd recht kan toetsen, maar zich slechts kan beperken tot het toetsen van gebreken in het proces van 'Ermittlung' als een zogenaamde 'Verfahrensfehler'. Een tweede verklaring kan liggen in het gegeven dat beide vragen – vaststelling en interpretatie – nauw met elkaar zijn verweven.

148 'Rechtsfortbildung'

Alle inspanningen ten spijt, kan de Duitse rechter geconfronteerd worden met de situatie dat het vastgestelde toepasselijke recht hiaten bevat. Aangenomen wordt dat de Duitse rechter in beide situaties de bevoegdheid heeft om het buitenlandse recht te interpreteren, al zij het met gebruikmaking van de in die rechtsorde gebruikelijke interpretatiemethoden en rechtsbronnenleer. Daarbij wordt duidelijk een onderscheid gemaakt tussen 'Auslegung' en 'Rechtsfortbildung'.[181] Voorts is het de Duitse rechter toegestaan om de grondwettelijkheid van het toepasselijke buitenlandse recht te toetsen, voor zover de buitenlandse rechter daartoe althans op gelijke wijze bevoegd is. In de literatuur bestaan er evenwel bedenkingen tegen een al te strikt onderscheid tussen 'toepassing van vreemd recht' dan wel 'uitleg' daarvan, enerzijds, en het verder ontwikkelen van dat recht ('Fortbildung'), anderzijds.[182] Zo wordt wel onderkend dat sommige rechtsstelsels, zoals de *common law*, het onderscheid tussen 'toepassen' en 'ontwikkelen' van vreemd recht niet maken.[183]

---

180 Zoals blijkt BGH 27 april 1976, *NJW* 1976, 1588, op p. 1589, r.o. II.2.a) *in fine*. Voorts Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 705.

181 Zie Ch. Thole, 'Anwendung und Revisibilität ausländischen Gesellschaftsrecht in Verfahren vor deutschen Gerichten', *ZHR* 2012, p. 15-65, op p. 50; Prütting, in: *MüKo ZPO*, § 293, aant. 58 (2016).

182 Thole, *ZHR* 2012, p. 50.

183 Thole, *ZHR* 2012, p. 50; Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 705.

3.4.5 Bijzondere procedures

149 *Eilverfahren* en *Säumnisverfahren*

Er zijn twee procedures die afwijken van de normale procedure en waarin het probleem van buitenlands recht en diens behandeling een bijzondere plaats inneemt. Dit zijn het *Eilverfahren* en het *Säumnisverfahren*.[184] In het eerste geval speelt tijd een complicerende factor, terwijl in het tweede geval de gedaagde niet in de procedure verschijnt en er dus geen tegenspraak is. Deze twee procedures zullen hier nader worden bekeken.

3.4.5.1 Conflicten- en buitenlands recht in Eilverfahren

150 Soorten spoedeisende procedures

Het Duitse procesrecht kent verschillende spoedeisende procedures. Om te beginnen is er de procedure waarbij bewarende maatregelen bevolen kunnen worden (*Arrestverfahren*). Verder zijn er twee procesvormen waarbij ook andere, meer inhoudelijke, voorlopige maatregelen aan de orde kunnen komen. Ten eerste is dat de *einstweilige Anordnung*, die vooral in het familierecht van belang is. Daarbij kan worden gedacht aan echtscheidingen of de ouderlijke verantwoordelijkheid. Oorspronkelijk was deze procedure in § 650 ZPO (a.F.) geregeld, maar met de herziening van het Duitse procesrecht is deze naar het FamFG verplaatst.[185] Ten tweede is dat de *einstweilige Verfügung*[186] voor de overige burgerlijke zaken met een spoedeisend karakter. Hoe wordt in deze procedures omgegaan met de spanningsverhouding tussen enerzijds de toepasselijkheid van een vreemd rechtsstelsel en anderzijds het vereiste om zo spoedig mogelijk te beslissen op een verzoek om een voorlopige maatregel?

151 Geen duidelijke regeling

Deze vraag laat zich helaas niet gemakkelijk beantwoorden. De Duitse wetgeving laat zich namelijk niet met zoveel over de behandeling van buitenlands recht in dergelijke spoedeisende procedures uit. Er zijn in de toelichting op het Ontwerp-EGBGB[187] van 1983 wel aanwijzingen te vinden dat de wetgever veronderstelde dat de rechter in dergelijke zaken voorlopig zou uitgaan van de lex fori.[188] Daarbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat hij dit stelde in de context van art. 24 Abs. 3 EGBGB (inzake 'Vormundschaft und Pflegschaft'), dat reeds uitgaat van de lex fori, zodat hieraan wellicht geen al te brede uitleg kan worden gegeven. Aan de andere kant lijkt de wetgever ook 'Eilverfahren' in meer algemene zin op het oog te hebben

184 Sommerlad & Schrey, *NJW* 1991, p. 1381-1382.
185 Om precies te zijn: § 49-57, § 119 en § 246-248 FamFG.
186 § 935 ZPO.
187 'Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts', 20 oktober 1983, *BT-Drucks* 10/504.
188 Zo ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 32.

gehad, aangezien hij aangaf dat hij een algemene regeling als § 4 Abs. 2 van het Oostenrijkse IPRG, volgens welke de rechter het vreemde recht als onkenbaar mag zien wanneer het niet binnen gerede tijd kan worden bepaald, niet noodzakelijk acht. Wel werd gesteld dat het primaat van de lex fori niet is uitgesloten:[189]

> 'Er (het ontwerp, auteur) schließt es aber auch bei sonstigen Eilfällen nicht aus, aus Gründen der Praktikabilität vorläufig die lex fori heranzuziehen, wenn sonst effektiver Rechtsschutz nicht geleistet werden könnte.'

Deze bewoordingen zijn weliswaar impliciet, maar lijken het standpunt dat in spoedeisende procedures van de toepassing van de lex fori moet worden uitgegaan, te ondersteunen. Het is evenwel kwestieus of deze opvatting tegenwoordig nog zal worden verdedigd.

Het Bundesgerichtshof heeft zich over deze problematiek vooralsnog niet uitgelaten. Voor een antwoord op deze vraag zal dus, naast de vrij algemene opmerkingen die bij de totstandkoming van het EGBGB zijn gemaakt, voornamelijk aansluiting worden gezocht bij de literatuur en de lagere rechtspraak. Het is evenwel van belang om een onderscheid te maken tussen de verschillende procedures, namelijk het 'Arrestverfahren' en de 'einstweilige Anordnung' aan de ene kant, en de 'einstweilige Verfügung' aan de andere. In de eerste twee gevallen is het toepasselijke recht meestal, zo niet altijd, de lex fori.[190] Dit heeft te maken met het Duitse ipr, dat voor dergelijke procedures aansluiting zoekt bij het eigen recht. In dat geval kan het buitenlandse recht eenvoudigweg geen belangrijke rol spelen. Voor de 'einstweilige Anordnung' geldt de lex fori in gevallen van 'Vormundschaft', 'Betreuungsschaft', 'Pflegschaft' en kinderbescherming. In de overige gevallen kan het buitenlandse recht dus wel een rol van betekenis spelen. Daarbij kan niet alleen worden gedacht aan 'Familien(streit)verfahren', zoals huwelijks- of huwelijksvermogensrecht, die niet in de voormelde categorieën vallen, maar ook aan de 'einstweilige Verfügung' in niet-familierechtelijke gevallen.

152 Ambtshalve toepassing

Als de rechtsverhouding die aan de verzoek om een voorlopige maatregel ten grondslag ligt niet noodzakelijkerwijze door het eigen recht wordt beheerst, kan het toepasselijke recht een belangrijke rol gaan spelen. Moet het 'gewone' conflictenrechtelijke procedé worden doorlopen, met als mogelijk gevolg dat buitenlands recht moet worden toegepast? Of moet daarentegen, vanwege de spoeideisendheid van de zaak, de lex fori als uitgangspunt worden gekozen?

In de literatuur wordt voornamelijk de eerstgenoemde opvatting aangehangen. De spoedeisendheid van de procedure maakt de toepassing van vreemd recht niet per se onmogelijk. Er zijn hoogstens wat haken en ogen aan de toepassing van een ander recht, maar voor deze kwesties is meestal een oplossing te vinden. Zo kan, om

189 'Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts', 20 oktober 1983, *BT-Drucks* 10/504, p. 74.

190 Zie Art. 24 Abs. 3 EGBGB.

de taak van de rechter te verlichten, van de partijen worden verlangd dat zij in een veel sterkere mate dan gebruikelijk is informatie over het toepasselijke recht overleggen.[191] Sommigen stellen zelfs dat een dergelijke plicht valt onder de *Glaubhaftmachung* van § 294 ZPO, die vereist dat de partij die daarbij belang heeft de door haar verzochte maatregel zo goed mogelijk onderbouwt.[192] Ook wordt wel aangevoerd dat de rechter, wanneer deze buitenlands recht moet toepassen in een dergelijk spoedeisend geval, gemakkelijker tot het oordeel kan komen dat de inhoud van dat recht niet valt op te sporen. De tijdsdruk van de procedure maakt in dat geval dat zijn 'Ermittlungsfplicht' beperkt is. Het gevolg daarvan is dat hij sneller tot de toepassing van een *Ersatzrecht* mag overgaan, wat meestal de lex fori zal zijn.[193] Kortom, eventuele praktische problemen mogen niet afdoen aan het uitgangspunt dat een internationaal geval wordt beheerst door het recht dat het ipr aanwijst.

In de lagere rechtspraak wordt soms een andere weg ingeslagen. In sommige gevallen neemt de rechter aan dat het buitenlands recht ambtshalve moet worden vastgesteld. In andere gevallen gaan zij ervan uit dat de partijen een taak op dat gebied hebben. Volgens dit leerstuk moet een partij die een voorlopige voorziening verzoekt, de noodzaak daartoe zoveel mogelijk aantonen.

In spoedeisende procedures (*Eilverfahren*) geldt de hoofdregel dat de rechter ambtshalve het ipr en het vreemde recht uit eigen beweging moet toepassen en niet zonder meer op de lex fori mag terugvallen.[194] Wel wordt aangenomen dat de plicht van de rechter om de inhoud van het vreemde recht vast te stellen wordt beperkt door het spoedeisende karakter van de procedure en dat de rechter sneller tot de conclusie kan komen dat het vreemde recht in de betreffende procedure – en alleen voor die procedure – niet kan worden achterhaald.[195] Ook kan de maatstaf, of de inhoud van het buitenlandse recht is komen vast te staan, worden versoepeld door de waarschijnlijkheid van het bestaan van een zeker subjectief recht als voldoende te beschouwen.[196]

3.4.5.2 Conflicten- en buitenlands recht in Säumnisverfahren

153 Verstekprocedure

In verstekprocedures (*Säumnisverfahren*) moet de rechter eveneens zelfstandig nagaan wat de juridische situatie is. De regel dat de stellingen van eiser voor waar worden aangenomen, de zogenaamde *Geständnisfiktion*,[197] geldt alleen voor de feiten en niet voor juridische stellingen.[198] Dit houdt in dat de rechter niet mag aannemen dat de beweringen van de eiser inzake het toepasselijk recht of de inhoud daarvan ook waar zijn, maar dat hij een zelfstandige plicht behoudt de juistheid

191 Zie Von Bar/Mankowski 2003, p. 421-422.
192 Afwijzend: Von Bar/Mankowski 2003, p. 421-422.
193 Zie daarvoor paragraaf 3.4.3.2.
194 Leipold, in: Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 56.
195 Von Bar/Mankowski 2003, I, no. 102.
196 Von Bar/Mankowski 2003, I, no. 103.
197 § 331 I ZPO.
198 Leipold, in: Stein/Jonas, *ZPO*, 2008, § 293, no. 55.

daarvan na te gaan. Wel kan worden verwacht, dat de rechter alleen hem beschikbare bronnen gebruikt om de gegrondheid of rechtmatigheid van de vordering te beoordelen.[199]

3.5 Conflicten- en buitenlands recht in hogere instanties

154 Bijzonderheden Duits procesrecht

Eerder is al besproken welke mogelijke rechtsmiddelen in het Duitse systeem kunnen worden aangewend. In tweede instantie betreft dit de 'Berufung' of de 'Beschwerde', naar gelang het geldende procesregime (ZPO of FamFG). Afhankelijk van de vraag of in eerste instantie het Amtsgericht of het Landesgericht uitspraak heeft gedaan, wordt deze ingesteld bij een Landesgericht of een Oberlandesgericht. In hogere instantie betreft dit de 'Revision' of de 'Rechtsbeschwerde'. Deze kan worden ingesteld bij ofwel het BGH of het BAG, eveneens afhankelijk van de voorliggende aangelegenheid.

3.5.1 Hoger beroep ('Berufung' of 'Beschwerde')

155 Procesrechtelijke beperkingen

De beoordeling van een internationale casus in tweede instantie kenmerkt zich door twee bijzonderheden. Ten eerste heeft het Duitse procesrecht een regeling van een bevoegdheidsconcentratie gekend, volgens welke zaken waarin vreemd recht is toegepast, bij de Oberlandesgerichte werd geconcentreerd. Ten tweede kent het Duitse recht inzake hoger beroep het leerstuk van de *Präklusion*, dat met name bij de toepasselijkheid en de toepassing van vreemd recht een rol kan spelen.

3.5.1.1 Bevoegdheidsconcentratie Oberlandesgerichte

156 Bevoegdheidsconcentratie

Tot voor kort kende het Duitse recht voor de controle van buitenlands recht door *Amtsgerichte* een regel inzake bevoegdheidsconcentratie. § 119 I nr. 1 lit. c (a.F.) van het *Gerichtsverfassungsgesetz* ('GVG') schreef voor dat de *Oberlandesgerichte* in burgerlijke zaken bevoegd waren van het rechtsmiddel tegen het oordeel van *Amtsgerichte* kennis te nemen, wanneer deze het buitenlandse recht had toegepast en dit in de gronden voor de beslissing uitdrukkelijk was vastgesteld:

> '(1). Die Oberlandesgerichte sind in bürglichen Rechtsstreitigkeiten ferner züstandig für die Verhandlung und Entscheidung über die Rechtsmittel:
> 1. der Berufung und der Beschwerde gegen Entscheidungen der Amtsgerichte:
>
> (…)

199 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 130-131. Küppers, *NJW* 1976, p. 489-490, op p. 490.

c) in denen das Amtsgericht ausländisches Recht angewendet und dies in den Entscheidungsgründen ausdrücklich festgestellt hat; (...)'

Intussen is deze bepaling echter herzien, waarbij het bepaalde onder c sinds 1 september 2009 is komen te vervallen.[200] De reden voor het schrappen van deze bepaling is dat zij niet aan de verwachtingen voldeed.[201]

3.5.1.2 Hoger beroep en buitenlands recht

157 Algemeen

De vraag rijst, of de toepassing van buitenlands recht, of althans de toetsing daarvan, een bijzondere positie inneemt in vergelijking met de procedure in eerste aanleg. Daarbij kan een onderscheid worden gemaakt tussen de toetsing van de toepassing van het conflicten- en buitenlands recht in eerste aanleg, enerzijds, en de toepassing van conflicten- en buitenlands recht door appelrechters zelf, anderzijds.

Voor wat betreft de toetsing in hoger beroep kan worden aangenomen dat het oordeel van de lagere rechter in volle omvang kan worden aangevochten met het middel van *Berufung* of *Beschwerde*.[202] Dit geldt zowel voor de conflictregel als het vreemde recht. Wel kan de toetsing beperkt zijn wanneer sprake is van een tijdens de procedure in eerste aanleg door partijen gedane rechtskeuze. In dat geval blijven partijen gebonden aan hun keuze en is de rechter in hoger beroep aan een dergelijke keuze gebonden.

Oorspronkelijk lijkt in dit verband het leerstuk van de *Präklusion* een rol te hebben gespeeld. Zo oordeelde het OLG Düsseldorf[203] dat een beroep op buitenlands recht, dat voor het eerst in hoger beroep is gedaan, niet kan worden toegelaten. De doctrine heeft zich echter tegen deze opvatting gekant en ook de recente rechtspraak lijkt zich hierbij aan te sluiten.[204] De reden die daarvoor wordt aangevoerd, is dat *Präklusion* zich alleen kan voordoen bij zogenaamde '*Angriffs- und Verteidigungsmittel*'[205] en bij feiten en '*Einreden*' (excepties), terwijl het bij buitenlands recht daarentegen gaat om recht en dus wordt beheerst door het beginsel *iura novit curia*.[206] Daarentegen kunnen de voor de rechtsaanwijzing noodzakelijke feiten wel te laat zijn aangevoerd.

Afgezien van de vraag of de toepasselijkheid van een buitenlands recht door *Präklusion* kan worden gehinderd, kan een stilzwijgende processuele rechtskeuze zich in hoger beroep wel handhaven. Aangezien partijen, bij het aannemen van een dergelijke rechtskeuze, zich hebben gebonden tot de toepasselijkheid van Duits

---

200 Wet van 17 december 2008, *BGBl.* I, p. 2586, zie i.h.b. p. 2696.

201 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 407, vtnt. 107.

202 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 374.

203 OLG Düsseldorf 28 mei 1986, *IPRspr.* 1986, Nr. 43. Zie verder de rechtspraak bij Hüber, *Ausländisches Recht* 2014, p. 131.

204 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 43-44; Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 131-132.

205 § 531 Abs. 2 ZPO.

206 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 43-44; H. Schack, 'Rechtswahl im Prozeß?', *NJW* 1984, p. 2736-2740, op p. 2739.

recht, zal een dergelijke rechtskeuze ook door wilsovereenstemming weer veranderd moeten worden. Het enkele feit dat een der partijen zich in hoger beroep op vreemd recht beroep, is niet voldoende om van de aangenomen rechtskeuze af te wijken.[207] Dit betekent dat de partijen ook in hoger beroep aan de rechtskeuze gebonden blijven.

Ook in hoger beroep zelf zal de rechter zowel het verwijzings- als het vreemde recht moeten toepassen. Mogelijk kan, indien het feitencomplex inmiddels al vaststaat, en de vaststelling daarvan door *Präklusion* al onveranderbaar is, ook de toepassing van de conflictregel beperkt zijn. Indien de rechtsaanwijzingsvraag echter duidelijk aan de orde is gekomen, zullen ook appelrechters zich moeten verdiepen in het vreemde recht in de uitoefening van hun 'pflichtgemäßen Ermessen'.

3.5.2 Hoogste instanties: Revision en Rechtsbeschwerde

158 Duits stelsel

In het Duitse burgerlijk procesrecht kan de toetsing in hoogste instantie bestaan uit *Revision* of uit *Rechtsbeschwerde*, zoals reeds is besproken in paragraaf 3.2.4. Hoewel er tussen deze twee verschillen bestaan – het middel van *Rechtsbeschwerde* is voornamelijk van belang in zaken die de voluntaire jurisdictie ('*freiwillige Gerichtsbarkeit*') betreffen, zodat een bespreking dus eigenlijk in paragraaf 3.7.1. thuishoort – heeft het BGH in recente rechtspraak de voorwaarden voor de toetsing van vreemd recht in beide gevallen gelijkgetrokken, waardoor een gezamenlijke behandeling gerechtvaardigd is. Daartoe zal eerst iets worden gezegd aan de situatie, zoals deze was in de periode voorafgaand aan de wijziging van de ZPO in 2009, voordat de huidige situatie kan worden besproken.

159 Situatie tot 1 september 2009

Om te beginnen met *Revision* blijkt de toetsing in hoogste instantie van de toepassing van buitenlands recht door lagere rechters een problematische aangelegenheid. Deze situatie wordt gecompliceerd door twee omstandigheden. Ten eerste is er de versplintering van hoogste instanties, zoals het BGH en het BAG, die de vraag van '*Revisibilität*' en '*Rechtsbeschwerdefähigkeit*' van vreemd recht verschillend beantwoorden. Ten tweede is er onduidelijkheid ontstaan na een wetswijzing in 2009, die de maatstaf die voor het BGH gold, heeft veranderd.

Oorspronkelijk kon het BGH de toepassing van het buitenlands recht door de lagere rechter niet beoordelen. Dit werd 'verboden' door § 549 ZPO (oud), dat tot aan 1 september 2009 als volgt luidde:

> '1. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung des Bundesrechts oder einer Vorschrift beruht, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckt.

207 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 43; Schack, *NJW* 1984, p. 2737.

2. Das Revisionsgericht prüft nicht, ob das Gericht des ersten Rechtszuges sachlich oder örtlich zuständig war, ob die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts begründet war ob eine Familiensache vorliegt.'

Opvallend is dat in § 549 ZPO (oud) nergens werd gesproken van buitenlands recht. Er werd slechts gesproken van de schending van het Bondsrecht of van voorschriften waarvan de reikwijdte zich verder uitstrekte dan de jurisdictie van een Oberlandesgericht. Buitenlands recht werd geacht daar niet onder te vallen; conflictenrecht daarentegen wel, aangezien dat Bondsrecht betrof. Dit komt erop neer dat buitenlands recht niet voor toetsing in *Revision* in aanmerking kwam.

In arbeidsgeschillen en familiezaken wordt de toepassing van buitenlands recht niet van *Revision* of *Rechtsbeschwerde* uitgesloten.[208] Deze beide rechtsgebieden kennen elk een eigen procesrecht. Voor het arbeidsrecht gaat het om het *Arbeitsgerichtsgesetz* ("ArbGG"), dat in § 73 bepaalt:

'1. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil des Landesarbeitsgerichts auf der Verletzung einer Rechtsnorm beruht. Sie kann nicht auf die Gründe des § 72b gestützt werden. § 65 findet entsprechende Anwendung.'

Het Bundesarbeitsgericht heeft deze bepaling zodanig uitgelegd, dat de toepassing van buitenlands recht in *Revision* kan worden getoetst.[209] In een recente uitspraak[210] oordeelde het BAG (rov. 59):

'Die Anwendung des algerischen Rechts durch das Landesarbeitsgericht kann vom Bundesarbeitsgericht nachgeprüft worden. § 73 ArbGG schließt die Revisibilität ausländischen Rechts nicht aus (…). Dies steht nicht in Widerspruch zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Soweit dieser ausländisches Recht für nicht revisibel hält, beruht dies auf der Auslegung der § 545 Abs. 1. ZPO. Die Vorschrift ist aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte nich met § 73 ArbGGf vergleichbar (…).'

Hier wordt duidelijk een onderscheid gemaakt tussen § 545 ZPO en § 73 ArbGG. Interessant is dat het BAG daarbij verwijst naar de later te bespreken uitspraak van het BGH van 4 juli 2013. Daardoor is er een verschil tussen zaken die door het BAG en het BGH worden behandeld.

Voor familiezaken en zaken die de voluntaire of gracieuze jurisdictie betroffen, gold tot aan 1 september 2009 het *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, ook wel bekend als het *Freiwillige Gerechtsbarkeit-Gesetz* (FGG),[211] waarvan § 27 Abs. 1 bepaalde dat het rechtsmiddel van '*weiteren Beschwerde*' aangewend kan worden wanneer de beslissing van de lagere rechter op een '*Verletzung des Rechts*' berust:[212]

---

208 Zie Bach & Gruber, 'Austria and Germany', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 112.

209 BAG 10 April 1975 – 2 AZR 128/74.

210 BAG, Urteil van 10 april 2014, 2 AZR 741/13, *NJOZ* 2016, 535.

211 Voluit het *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*.

212 De volledige tekst luidde: 'Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht. Die Vorschriften der § § 546, 547, 559, 561 der Zivilprozeßordnung finden entsprechende Anwendung.'

> 'Gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts ist das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde zulässig, wenn die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht. Die Vorschriften der § § 546, 547, 559, 561 der Zivilprozeßordnung finden entsprechende Anwendung.'

Omdat in deze bepaling de maatstaf niet beperkt is tot het bondsrecht of het deelstatelijk recht dat de grenzen van het rechtsmachtgebied van een OLG overschreed, werd aangenomen dat ook buitenlands recht daaronder geschaard kon worden.

160 Situatie sinds 1 september 2009; hoofdregel

Zoals hiervoor beschreven, hebben zich op 1 september 2009 belangrijke veranderingen voorgedaan in het Duitse burgerlijk procesrecht. Zo is op die datum de bepaling van § 549 ZPO (oud) vervangen door § 545, dat een andere inhoud kent. Het nieuwe § 545 ZPO luidt:

> '1. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, dass die Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht.
> 2. Die Revision kann nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtzuges seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen oder verneint hat.'

Tegelijkertijd is per 1 september 2009 het wetboek voor zaken die de voluntaire jurisdictie betreffen – het FGG – vervangen door een andere wet, namelijk het *Familienverfahrensgesetz* (FamFG).[213] § 72 van deze nieuwe wet geeft aan op welke gronden de 'Rechtsbeschwerde' gebaseerd kunnen worden:

> '1. Die Rechtsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Rechts beruht. Das Recht ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist.
> 2. Die Rechtsbeschwerde kann nicht darauf gestützt werden, dass das Gericht des ersten Rechtszugs seine Zuständigkeit zu Unrecht angenommen hat.
> 3. Die § § 547, 556, und 560 der Zivilprozessordnung gelten entsprechend.'

In § 72 Abs. 1 FamFG wordt dus hetzelfde criterium gehanteerd als in diens voorganger, § 27 FGG. Opvallend is dat de toetsingsmaatstaf van zowel de ZPO als van het FGG gelijkluidend is. In beide gevallen is er een 'Verletzung des Rechts' vereist; de vroegere beperkingen die aan het rechtsbegrip van § 545 ZPO werden gesteld, zijn komen te vervallen.

Deze wijziging in de tekst leidde aanvankelijk tot een onduidelijke toestand. Opvallend is namelijk dat hier slechts wordt gesproken van een '*Verletzung des Rechts*' en dat niet meer de beperking wordt aangebracht dat slechts bondsrecht of recht dat de jurisdictiegrenzen van een Oberlandesgericht overschrijdt, moet zijn geschonden. Dit heeft aanleiding gegeven tot een debat in de literatuur over de vraag, in hoeverre de wetgever hier daadwerkelijk een breuk met het verleden heeft

213 Voluit het *Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*.

beoogd en dus de toepassing van buitenlands recht door de lagere rechter '*revisibel*' heeft willen maken.[214]

In een recente uitspraak heeft het BGH klaarheid in deze discussie gebracht. In een zaak uit 2013[215] heeft het BGH namelijk geoordeeld dat het nieuwe § 545 ZPO geen verandering meebrengt inzake de processuele status van vreemd recht in *Revision*. Ook onder het nieuwe recht blijft buitenlands recht dus uitgesloten van de toetsing in *Revision*. De aanleiding voor dit oordeel betrof eigenlijk de uitleg van § 72 FamFG. Het BGH oordeelde dat ook *Rechtsbeschwerde* in de zin van die bepaling niet kunnen worden gegrond op een schending van buitenlands recht door de lagere rechter. Hoewel de woorden van de tekst de toetsing van buitenlands recht niet uitsluiten, oordeelt het BGH op wetssystematische en wetshistorische gronden dat buitenlands recht daarbij niet is inbegrepen. Zo wijst het BGH op § 560 ZPO,[216] dat voorschrijft dat de beslissing van de instantie waarvan in beroep wordt gekomen doorslaggevend is voor de bepaling van het bestaan en de inhoud van wetten waarvan de schending niet voor *Revision* in aanmerking komt in de zin van § 545 ZPO:

> 'Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen und den Inhalt von Gesetzen, auf deren Verletzung die Revision nach § 545 nicht gestützt werden kann, ist für die auf die Revision ergehende Entscheidung maßgebend.'

Wanneer met 'Recht' in § 72 FamFG naast bonds- en deelstatelijk recht ook buitenlands recht zou worden bedoeld, zou deze bepaling geen zelfstandige betekenis hebben, oordeelde het BGH.[217] Deze opvatting wordt versterkt door hetgeen de wetgever heeft gezegd bij de totstandkoming van het FamFG, namelijk dat '(…) das Rechtsbeschwerdegericht an die tatsächlichen Feststellungen des Beschwerdegerichts über das Bestehen und den Inhalt lokalen und ausländischen Rechts gebunden ist'.[218] Het BGH wijst er tevens op dat in het wetsvoorstel oorspronkelijk werd gesproken van '*Bundes- oder Landesrecht*' en dat dit eerst later is veranderd in '*Recht*'.[219]

Hoewel deze zaak de voluntaire jurisdictie betrof en het uitsluitend ging om de uitleg van § 72 FamFG, heeft de uitspraak nochtans gevolgen voor de interpretatie van § 545 ZPO. Het BGH wijst expliciet op § 545 ZPO, en betrekt in haar oordeel het feit dat met de tekst van § 72 FamFG is bedoeld aan te sluiten bij de redactie van het gewijzigde § 545 ZPO.[220] De bedoeling van deze laatste bepaling is, zo oordeelt het BGH, om de *Revisibilität* van deelstatelijk recht, dat eerder slechts beperkt

---

214 Zie Bach & Gruber, 'Austria and Germany', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 111.

215 BGH 4 juli 2013 – V ZB 197/12, *IPRax* 2014, Nr. 35, *NJW* 2013, 3656. Zie daarover de noot van Hau, 'Ein Rückzugsgefecht des BGH gegen die Revisibilität ausländischen Rechts', *IPRax* 2014, afl. 5, p. 397-400.

216 Dat volgens § 72 II FamFG van overeenkomstige toepassing is.

217 BGH 4 juli 2013 – V ZB 197/12, *IPRax* 2014, Nr. 35, r.o. 19.

218 *Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG)*, BT-Drucks. 16/6308, p. 210.

219 BGH 4 juli 2013 – V ZB 197/12, *IPRax* 2014, Nr. 35, r.o. 20.

220 Hetgeen blijkt uit *BT-Drucks*. 16/9733, p. 290: 'Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung an die Änderung des § 545 ZPO (…)'

mogelijk was, te verbeteren.[221] Hoewel het BGH aangeeft dat de tijdens de herziening van de ZPO de kwestie van buitenlands recht niet uitdrukkelijk aan de orde is gekomen, oordeelt hij wel dat ook § 545 ZPO de toetsing van dat recht uitsluit.

Na de inwerkingtreding van § 545 ZPO en § 73 FamFG op 1 september 2009 is de *Revision* of *Rechtsbeschwerde* wegens de onjuiste toepassing van buitenlands recht door het BGH dus beperkt.[222] Niet alleen in procedures op basis van de ZPO is de toetsing van vreemd recht in hoogste instantie uitgesloten, maar voortaan ook in voluntaire aangelegenheden. Alleen in arbeidszaken kon de toepassing van buitenlands recht nog voor toetsing door de hoogste rechter in aanmerking komen, maar met de recente uitspraak van het BAG staat ook die mogelijkheid niet langer open. Het BAG houdt ook niet langer vast aan het uitgangspunt dat vreemd recht in arbeidzaken 'revisibel' is.[223] Opgemerkt zij dat de toetsing van vreemd recht ook niet in aanmerking wordt genomen, indien sprake is van de toepassing van antikiesregel, en één van de stelsels het Duitse recht is. In dat geval is, zelfs bij inhoudelijke overeenstemming met het Duitse recht, nog steeds geen rechtsklacht mogelijk.[224]

161 Uitzonderingen

Ook al is het de hoofdregel van Duits recht dat buitenlands recht niet voor 'Revision' of 'Rechtsbeschwerde' in aanmerking komt, neemt dit nog niet weg dat er op die hoofdregel uitzonderingen bestaan. Zo kan een beroep in Revision inzake het toegepaste vreemde recht slagen, wanneer blijkt dat na het vonnis van de lagere rechter er een nieuwe wet is uitgevaardigd, of wanneer de lagere rechter duidelijk niet bekend was met deze wet. Ook wanneer het gaat om zogenaamde 'Partikularrechte', dat wil zeggen, rechtsstelsels die rechtshistorisch gezien nog van belang zijn, zoals de *Code civil* in het Rijnland of het recht van de DDR, kan het oordeel van de lagere rechter op dat punt worden getoetst in hoogste instantie.[225]

Daarnaast is buitenlands recht wel 'revisibel' wanneer dat voor de toepassing van Duits recht van belang is. Een voorbeeld betreft de situatie waarin de internationale bevoegdheid van de Duitse rechter afhankelijk is van buitenlands recht. In dat geval kan de toepassing van buitenlands recht, dat min of meer als 'voorvraag' van belang is voor het Duitse bevoegdheidsrecht – zoals de geldigheid van een buitenlandse forumkeuze – wel voor toetsing in hoogste instantie in aanmerking komen. Voorts mag het BGH de toepassing van buitenlandse regels van internationaal privaatrecht toetsen, wanneer sprake is van 'terugverwijzing' naar het Duitse recht. Voorts kan vreemd recht van belang zijn wanneer in het kader van de erkenning van buitenlandse vonnissen de vraag naar reciprociteit speelt.[226]

---

221 *BT-Drucks*. 16/9733, p. 301-302.
222 Kritisch Hau, *IPrax* 2014, p. 397-400.
223 BAG 7 mei 2020 – 2 AZR 692/19, *AP EGBGB Art. 30 Nr. 11*, *BeckRS* 2020, 16354.
224 Zie BGH 29 oktober 1962 – II ZR 28/62, *NJW* 1963, 252, op p. 252-253.
225 Voor een overzicht, zie Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 725.
226 Voor een overzicht, zie Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 725.

162 Controle op 'Ermittlungspflicht'

Ofschoon in Revision geen klacht over de al dan niet juiste toepassing van het vreemde recht kan worden aangevoerd, is er wel een andere mogelijkheid om controle uit te oefenen op de lagere rechter. In *Revisions-* of *Rechtsbeschwerdeverfahren* kan namelijk wel worden beoordeeld of de lagere rechter zijn 'Ermittlungspflicht' wel op de jusite wijze is nagekomen.[227] Wanneer dit niet het geval is, omdat de rechter bijvoorbeeld niet uit alle beschikbare bronnen heeft geput, kan het BGH het lagere oordeel alsnog vernietigen. Dit kan het geval zijn indien de feitenrecht helemaal geen onderzoek naar het vreemde recht heeft verricht, of daarvan althans geen rekenschap geeft, of wanneer hij verzuimd heeft om verder onderzoek naar het recht te doen wanneer dat aangewezen was of bepaalde vormen na te leven ingeval een 'formele' bewijsproceduere is gevolgd.[228]

De controle op de uitoefening van het 'plichtgemäßen Ermessen' van de lagere rechter is niet inhoudelijk, en behoort ook geen quasi-inhoudelijke toets te zijn.[229] Het onderscheid moet worden gevonden in de vraag of het onderzoek naar vreemd recht zonder onregelmatigheden ('fehlerfrei') is verlopen, en niet of de toepassing ervan juist is. De focus ligt daarmee dan ook eigenlijk op de controle op de nakoming van de uit § 293 ZPO voortvloeiende plichten. Met andere woorden, het gaat om het onderzoeksproces zelf, en niet het resultaat daarvan.[230] Het BGH zal een oordeel van de lagere rechter dan ook niet vernietigen, indien via een beroep op een procedurele tekortkoming bij de vaststelling van vreemd recht, feitelijk wordt beoogd om te klagen over de toepassing van dat recht zelf.[231]

Voorts moet worden bedacht dat het 'pflichtgemäßen Ermessen' in beginsel aan de lagere rechter is overgelaten. De plicht om ambtshalve de inhoud van het vreemde recht te onderzoeken en toe te passen, brengt mee dat de feitenrechter de vrijheid heeft om te bepalen op welke wijze ('Art und Weise') hij aan die plicht gevolg zal geven. Slechts indien de handelswijze van de rechter daarbij niet voldoet aan de eisen die aan de rechterlijke beoordelingsvrijheid worden gesteld, kan sprake zijn van een 'fehlerhaft' onderzoek.[232] Zo heeft het BGH geoordeeld dat de feitenrechter in beginsel zou kunnen volstaan met het benoemen van een deskundige van een bekend instituut. Indien deze echter niet de rechtsvraag volledig kan beantwoorden, en de partijen evenmin aanwijzingen geven over hoe die informatie wel kan worden verkregen, zal de rechter zijn uit § 293 ZPO voortvloeiende verplichtingen hebben geschonden.[233]

---

227 Zie BGH 30 maart 1976 – VI ZR 143/74, *NJW* 1976, 1581, op p. 1582-1583. Ook: Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 212-214.

228 Zie Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 214-218.

229 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 378.

230 Schellack, *Selbstermittlung*1998, p. 213.

231 BGH 29 oktober 1962 – II ZR 28/62, *NJW* 1963, 252, op p. p. 253.

232 BGH 29 oktober 1962 – II ZR 28/62, *NJW* 1963, 252, op p. p. 253. Zie ook Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 378-379.

233 BGH 21 januari 1991 – II ZR 50/90, *NJW* 1991, 1418.

163 Kritiek op de beperkte '*Revisibilität*'

De Duitse literatuur heeft regelmatig kritiek geuit op het standpunt van het BGH, dat de toepassing van buitenlands recht niet voor toetsing in Revision en Rechtsbeschwerde in aanmerking komt. Zo zou er een inconsistentie bestaan tussen enerzijds de behandeling van vreemd recht door het BAG en in voluntaire zaken en anderzijds de toetsing van vreemd recht op basis van de ZPO.[234] Dit onderscheid is inmiddels echter van minder groot belang, nu ook in voluntaire aangelegenheden de 'Rechtsbeschwerde' niet (meer) kan zien op de toepassing van buitenlands recht.[235] Een ander punt van kritiek betreft het gegeven dat het BGH wel toetsing van vreemd recht toestaan in een aantal uitzonderingsgevallen. Ook wordt wel gesteld dat de toetsing door het BGH van de uitoefening van het 'pflichtgemäße Ermessen' door de feitenrechter zo intrinsiek is, dat zij de facto neerkomt op een toetsing van de toepassing van vreemd recht.[236]

Door sommigen is betoogd dat § 545 ZPO – of diens voorganger van vóór 2001, § 549 ZPO – stelselmatig verkeerd is geïnterpreteerd.[237] Aangevoerd wordt dat de beperking van het begrip 'recht' in deze zin voornamelijk is ingegeven door aan het BGH de toetsing van deelstatelijk recht te onthouden. Beargumenteerd wordt dat ook buitenlands recht als dergelijk *bezirkübergreifendes Recht* kan worden beschouwd, aangezien het boven de grenzen van het 'Bezirk' van een OLG uitstijgt en, gezien het doel van de 'Erstreckungsregel', ook dient om de rechtseenheid van het door Bondsrecht aangewezen vreemde recht te versterken.[238] Deze argumenten ten spijt heeft het BGH echter een andere koers ingezet, en blijft dit rechtscollege vasthouden aan de bestaande praktijk waarin voor Revisionstoetsing van de toepassing van een ander dan het eigen recht geen ruimte wordt gelaten.[239]

3.6 Toepassing van het recht door arbiters

164 Arbitrale conflictregel

Het Duitse arbitragerecht heeft zijn 'eigen' ipr, aan de hand waarvan het toepasselijke recht wordt bepaald.[240] § 1051 ZPO geeft de regel voor het in arbitrage op het materiële geschil toepasselijke recht. Om te beginnen geldt dat het scheidsgerecht

---

234 Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 725. Inmiddels is deze inconsistentie weggenomen, zie BAG 7 mei 2020 – 2 AZR 692/19, *AP EGBGB Art. 30 Nr. 11*, *BeckRS* 2020, 16354.

235 Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht* 2010, no. 727.

236 Zie voor dit gevaar bijv. Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 378-379, of Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 219-220.

237 M. Aden, 'Revisibilität des kollionsrechtlich berufenen Rechts', *RIW* 2009, afl. 7, p. 475-477.

238 Aden 2009, p. 476.

239 Het wordt dan ook wel een achterhoedegevecht ('Rückzugsgefecht') genoemd, zie Hau, *IPRax* 2014, afl. 5, p. 397.

240 Hanefeld, in: *Practitioner's Handbook* 2009, no. 7.185. Zie voor het arbitrale ipr voorts Böckstiegel, in: *Festschrift Beitzke* 1979, p. 443-458; Pfeiffer, in: *Grenzüberschreitungen* 2005, p. 683-693; Schütze, in: *Recht ohne Grenzen* 2012, p. 887-896; Schütze, in: *Liber amicorum Böckstiegel* 2001, p. 715-725.

het geschil moet beslechten aan de hand van het recht dat door de partijen is aangewezen. Tenzij uitdrukkelijk anders aangegeven, wordt een keuze voor het recht van een staat als een keuze voor het materiële recht gezien. Dit betekent dat de verwijzingsregels van dat recht in beginsel buiten beschouwing worden gelaten. Voorts kunnen de partijen zich ook beperken tot het aanwijzen van de conflictregels van een bepaalde staat. In het geval dat de partijen geen rechtskeuze hebben uitgebracht, moet het scheidsgerecht het geval beoordelen in het licht van het recht van de staat waarmee het geval het nauwst verbonden is. Ook is het mogelijk dat een beslissing naar billijkheidsmaatstaven ('nach Billigkeit') te geven. Dit kan alleen maar als de partijen het scheidsgerecht daartoe uitdrukkelijk hebben gemachtigd, iets wat mogelijk is tot aan moment waarop het arbitraal vonnis wordt gewezen. Hoe dan ook, het scheidsgerecht moet onder alle omstandigdheden beslissen in overeenstemming met de overeenkomst en de daarbij van belang zijnde handelsgebruiken in acht nemen. Aangezien bij gebreke van een rechtskeuze aansluiting gezocht bij het recht waarmee de zaak de nauwste verbondenheid heeft, wordt in het Duitse arbitragerecht het concept van de '*voie directe*' dus afgewezen.[241] Dit neemt niet weg dat voorrangsregels, bijvoorbeeld in de zin van art. 9 Rome I, ook in het arbitraal geding voorrang genieten.[242]

165 Andere beslissingsmaatstaven

Naast de mogelijkheid om het geschil beoordeeld te zien aan de hand van rechtsregels, kunnen partijen eveneens overeenkomen om het geschil volgens de maatstaf van de billijkheid te laten beoordelen. Daartoe moet het scheidsgerecht uitdrukkelijk gemachtigd zijn. In het geval het scheidsgerecht zich niet houdt aan de beslissingsmaatstaf is het arbitrale vonnis vernietigbaar ('*aufhebbar*') op grond van § 1059 II no. 1 sub d ZPO.[243] Dit betreft niet alleen het geval dat het scheidsgerecht heeft geoordeeld op basis van billijkheid terwijl die bevoegdheid aan hem niet was toegekend, maar ook wanneer hij een rechtskeuze van de partijen heeft genegeerd.[244] Daarentegen is de toepassing van het recht zelf geen grond voor vernietiging van het vonnis in deze zin.[245]

166 'Ambtshalve' toepassing?

Een andere vraag is, of het als zodanig aangewezen toepasselijke recht ambtshalve moet worden toegepast en het beginsel *iura novit curia* ook in arbitrage opgeld doet.[246] Het antwoord op deze vraag is onduidelijk,[247] ook al wordt door sommige

241 Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, p. 398.
242 Münch, in: *MüKo ZPO* 2013, § 1051, no. 37.
243 Voit, in: *Musielak/Voit ZPO* 2017, § 1051, aant. 9.
244 Voit, in: *Musielak/Voit ZPO* 2017, § 1059, aant. 18.
245 Voit, in: *Musielak/Voit ZPO* 2017, § 1059, aant. 18.
246 Zie ook uitgebreid over deze vraag, Centner, *Iura novit curia* 2019.
247 Aldus Schütze, in: *Liber amicorum Böckstiegel* 2001, p. 721-722.

auteurs wel aangenomen dat partijen kunnen overeenkomen om het scheidsgerecht deze bevoegdheid te geven.[248] Anderen zijn van mening dat het beginsel *iura novit curia* ook voor arbiters geldt.[249] Wanneer het scheidsgerecht de inhoud van het toepasselijke recht moet vaststellen, geniet deze een grote mate van vrijheid om de wijze te bepalen waarop die kennis zal worden verkregen.[250] Hij mag hiertoe ook gebruik maken van deskundigenbewijs.[251] Wanneer het ondanks alle pogingen niet lukt om de inhoud en strekking van het toepasselijke recht te achterhalen, is het niet helemaal duidelijk wat daarvan het gevolg is. Het is omstreden of er naar Duits arbitragerecht een onderscheid gemaakt wordt tussen het 'vreemde' of het 'eigen' recht. Sommigen nemen aan dat het scheidsgerecht wel degelijk een lex fori heeft in de vorm van de lex arbitri, [252] en dat aansluiting kan worden gezocht bij de lex arbitri ingeval dat recht niet binnen een redelijke termijn kan worden vastgesteld.[253] Anderen hangen de gangbaardere opvatting aan, dat scheidsgerechten uit de aard der zaak geen forum hebben en dus evenmin een lex fori.[254] De arbiter wordt vanwege het ontbreken van de lex fori een grote vrijheid toegekend om het toepasselijke recht zelf te interpreteren en te 'vormen' wanneer dat nodig wordt geacht.[255]

167 'Rechtsgespräch'?

Er lijkt enige onduidelijkheid te bestaan over de vraag in hoeverre arbiters tot een *Rechtsgespräch* verplicht zijn. In een uitspraak van het BGH uit 1983 volgt dat de *Hinweispflicht* van § 139 ZPO niet van toepassing is op het arbitraal geding, tenzij partijen anders zijn overeengekomen.[256] De niet-inachtneming van § 139 ZPO heeft als zodanig nog geen schending van het recht op rechterlijk gehoor in de zin van art. 103 I GG tot gevolg.[257] In weerwil van dit oordeel wordt desondanks aangenomen dat de beginselen die aan § 139 II ZPO ten grondslag liggen, ook door scheidsrechters in acht genomen moeten worden.[258] Dit zou voornamelijk van belang zijn wanneer de partijen een verschillende juridische achtergrond hebben.[259]

---

248 Heidinger & Hof 2008, p. 174-179, op p. 178.
249 Aldus Kröll 2015, p. 472-473, no. 90.
250 Aldus Hanefeld, in: F.-B. Weigand (red.), *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, OUP 2009, no. 7.180; P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, Tübingen: Mohr (Siebeck) 1989, no. 747.
251 Aldus Heidinger & Hof 2008, p. 174-179, op p. 178.
252 Schütze, in: *Liber amicorum Böckstiegel* 2001, p. 722.
253 Aldus Heidinger & Hof 2008, p. 174-179, op p. 178.
254 Schlosser, *Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit* 1989, no. 726 en 747.
255 Schlosser, *Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit* 1989, no. 747.
256 BGH 11 november 1982 – III ZR 77/81, *NJW* 1983, 867, op p. 868.
257 BGH 11 november 1982 – III ZR 77/81, *NJW* 1983, 867, op p. 868.
258 Kröll 2015, p. 472-473.
259 Kröll 2015, p. 472-473.

3.7 Toepassing van het recht in non-contentieuze aangelegenheiden

3.7.1 'Freiwillige Gerichtsbarkeit'

168 Untersuchungsmaxime

In voluntaire aangelegenheden zal de Duitse rechter ambtshalve de conflictregels moeten toepassen, omdat ook daar het beginsel *iura novit curia* geldt. Voluntaire procedures worden immers beheerst door de *Untersuchungsmaxime*. Zo bepaalt § 26 FamFG:

> 'Das Gericht hat von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen.'

Omdat § 26 FamFG voorschrijft dat de rechter verplicht is om uit eigen beweging onderzoek te verrichten naar de voor de beslissing noodzakelijkel feiten, en dus wordt aangesloten bij de zogenaamde *Untersuchungsmaxime*, zullen de voor de rechtsaanwijzing noodzakelijke feiten ambtshalve moeten worden vastgesteld.[260] Om die reden zullen partijen niet snel kunnen besluiten tot *Außerstreitstellung* van de relevante aanknopingspunten.[261]

Een uitzondering vormt § 127 II FamFG, dat inn het geval van echtscheiding voorschrijft dat de niet door partijen aangevoerde feiten slechts in aanmerking mogen worden genomen, wanneer zij geëigend zijn de instandhouding van het huwelijk te dienen of wanneer de verzoeker daartegen geen bezwaar maakt.[262] In theorie zouden partijen in dat geval alsnog kunnen besluiten om bepaalde conflictenrechtelijk relevante feiten buiten de rechtsstrijd te houden; wel moet het in het oog worden gehouden dat de beperking van de 'Ermittlungspflicht' slechts ziet op 'Ehefeindliche' feiten en op de 'Härteklausel' van § 1568 BGB.

Ook zullen rechters niet snel een stilzwijgende processuele rechtskeuze kunnen aannemen, omdat in veel zaken die aan de *Untersuchungsmaxime* zijn onderworpen de rechtskeuzemogelijkheid niet aanwezig is.[263] Hoewel de *Untersuchungsmaxime* en de afwezigheid van een conflictenrechtelijke rechtskeuze dus vaak zullen samenvallen, is er wel een (klein) gebied waarop dit niet het geval is.[264]

---

260 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 47.

261 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 47; Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 194.

262 § 127 II FamFG luidt: 'In Verfahren auf Scheidung oder Aufhebung der Ehe dürfen von den Beteiligten nicht vorgebrachte Tatsachen nur berücksichtigt werden, wenn sie geeignet sind, der Aufrechterhaltung der Ehe zu dienen oder wenn der Antragsteller einer Berücksichtigung nicht widerspricht.'

263 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 194.

264 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 47, wijst op art. 25 I EGBGB, dat in erfrechtelijke aangelegenheden geen rechtskeuze toestaat, terwijl het processueel gezien onder de *Verhandlungsmaxime* valt.

169 § 293 ZPO en § 72 FamFG

In het kader van de vaststelling van buitenlands recht is de vraag aan de orde gekomen of § 293 ZPO ook geldt voor voluntaire procedures. Daarover lijkt in de Duitse doctrine verschil van mening te bestaan.[265] Sommigen menen dat § 293 ZPO ook van toepassing is in dit soort aangelegenheden.[266] Anderen[267] zijn van mening dat de algemene grondslag van § 26 FamFG bepalend is voor de '*Amtsermittlungspflicht*'. Deze laatste opvatting schijnt echter niet in het algemeen te worden gedeeld.[268]

Met betrekking tot het probleem van buitenlands recht in hogere instanties kan worden verwezen naar hetgeen in paragraaf 3.5.2. is vermeld. Het BGH heeft de toetsingsmaatstaf van § 72 FamFG op dezelfde manier uitgelegd als die van § 545 ZPO. Daarmee is ook de toetsing van buitenlands recht in *Rechtsbeschwerde* niet langer mogelijk, in tegenstelling tot het tot 1 september 2009 geldende recht.

3.7.2 Buitengerechtelijke autoriteiten

170 Algemeen

De buitengerechtelijke autoriteiten die met de toepasselijkheid van vreemd recht en eventueel ook met de vaststelling van de inhoud daarvan geconfronteerd kunnen worden, zijn voornamelijk de notaris ('*Notar*') en de ambtenaar van de burgerlijke stand ('*Standesbeamter*').[269] Deze ambten worden elk door hun eigen wet- en regelgeving beheerst. Dit zijn, respectievelijk, het *Bundesnotarordnung*[270] en het *Personenstandsgesetz*.[271]

3.7.2.1 De 'Notar' en de 'Belehrungspflicht'

171 Geen plicht voor de Notar

Met betrekking tot de notaris wordt aangenomen dat deze bij het opstellen van akten niet de plicht heeft om uit hoofde van zijn ambt te bepalen welk recht de rechtsverhouding beheerst of om onderzoek te doen naar de inhoud van dat recht.[272] Het adagium *iura novit curia* geldt (logischerwijze) niet voor de notaris.[273]

---

265 Zie ook BGH 4 juli 2013 – V ZB 197/12, *IPRax* 2014, Nr. 35, r.o. 25.

266 Ulrici, in: *MüKo FamFG*, 2013, no. 7, die ter ondersteuning van die stelling verwijst naar de uitspraak van het OLG Köln van 4 mei 1988, 2 Wx 6/88, *MittBayNot* 1989, 104.

267 Sternal, in: Keidel, *FamFG*, 2014, § 26, no. 26

268 Ulrici, in: *MüKo FamFG*, 2013, no. 7.

269 Zie Bach & Gruber, 'Austria and Germany', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 113, en Mann, 'Germany', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 204-207. Bach & Gruber noemen ook nog het *Nachlassgericht*, maar deze lijken eerder onder de voluntaire jurisdictie te vallen (zie paragraaf 3.7.1.).

270 Bundesnotarordnung vom 24. Februar 1961, *BGBl*. I, p. 97.

271 Gesetz zur Reform des Personenstandsrechts vom 19. Februar 2007, *BGBl*. I, p. 122.

272 Lorenz, in: *BeckOK BGB* 2017, *Einleitung IPR*, aant. 78.

273 Schütze 1992, p. 76.

De wet inzake het opmaken van authentieke akten, het *Beurkundungsgesetz* (BeurkG),[274] bepaalt in § 17 III dat de notaris geen '*Belehrungspflicht*' inzake de inhoud van buitenlandse recht heeft. Die plicht houdt wel in dat hij zijn cliënten voorlicht over de (mogelijke) toepasselijkheid van buitenlands recht, met inbegrip van de mogelijkheid van terugverwijzing.[275] In dat geval moet de notaris de partijen daarvan op de hoogte stellen en dienovereenomstig een vermelding ('*Vermerk*') opnemen in de betreffende akte, zo volgt uit § 17 III van het *Beurkundigungsgesetz* (BeurkG):[276]

> 'Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift vermerken. Zur Belehrung über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen ist er nicht verpflichtet.'

Het is de vraag wanneer van de notaris verwacht kan worden dat hij op de toepasselijkheid van vreemd recht wijst, of, met andere woorden, wanneer er voldoende 'Zweifel' aanwezig is dat hij aan zijn *Belehrungspflicht* voldoet. De notaris hoeft niet naar alle mogelijke internationale elementen in het hem voorliggende geval op zoek hoeft te gaan. In een geval over de toepasselijkheid van vreemd recht op een testament oordeelde het BGH dat de notaris niet bij elk testament dat hij moet opstellen de nationaliteit van de testateur hoeft na te gaan. Er moet daarentegen sprake zijn van een 'objektive Anlass' om te denken dat er een verband met vreemd recht aanwezig kan zijn.[277] Het is heersende leer in het Duitse recht dat de notaris niet steeds in algemene zin naar mogelijke internationale elementen hoeft te vragen.[278] Hij hoeft ook niet aan te geven welk recht specifiek van toepassing is.[279]

172 Consequenties van de Belehrungspflicht

Indien de notaris niet aan zijn *Belehrungspflicht* over de toepasselijkheid van een vreemd rechtsstelsel voldoet, heeft dat tot gevolg dat hij aansprakelijk kan worden gesteld.[280] Hij kan in dat geval slechts aan zijn aansprakelijkheid ontkomen wanneer hij kan aantonen dat hij zijn cliënten heeft geïnformeerd. Om die reden is het ook van belang dat hij in de akte laat opnemen dat hij zijn cliënten heeft geïnformeerd over de mogelijke toepasselijkheid van vreemd recht; het is namelijk de heersende

274 Beurkundungsgesetz vom 28. August 1969, *BGBl.* I, p. 1513.
275 Litzenburger, in: *BeckOK BGB* 2017, § 17 BeurkG, aant. 8.
276 Beurkundungsgesetz vom 28. August 1969, *BGBl.* I, p. 1513.
277 BGH 12 februari 1963, VI ZR 295-62, *VersR* 1963, 533. Zie ook K. Lerch, 'Inhalt und Grenzen der Belehrungspflichten durch den Notar unter besonderer Berücksichtigung der haftungsrechtlichen Konsequenzen', *BWNotZ* 1997, p. 53-62, op p. 56. H. Bardy, 'Belehrungspflicht und Haftung des Notars in Fällen mit Auslandsberührung', *MittRhNotK* 1993, afl. 12, p. 305-310, op p. 305, geeft een opsomming van omstandigheden die op de toepasselijkheid van buitenlands recht kunnen wijzen.
278 Zie Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 306; Mann, 'Germany', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 204
279 Litzenburger, in: *BeckOK BGB* 2017, § 17 BeurkG, aant. 8.
280 Litzenburger, in: *BeckOK BGB* 2017, § 17 BeurkG, aant. 8.

leer dat de '*Vermerk*' een bewijsfunctie heeft.[281] Door sommigen is betoogd dat de beperking van de '*Belehrungspflicht*' niet zozeer de beperking van zijn aansprakelijkheid betreft, maar dat daarentegen van een beperking van de omvang van de '*Amtspflicht*' van de notaris sprake is.[282]

De notaris kan overigens besluiten om zijn cliënten alsnog te informeren over de inhoud van het toepasselijke recht. Daarmee loopt hij echter het risico aansprakelijk te worden gesteld wanneer de verstrekte informatie onjuist blijkt te zijn.[283] De notaris kan dan ingevolge § 19 BNotO aansprakelijk worden gehouden, mits hij opzettelijk of culpoos ('*vorsätzlich oder fahrlässig*') de uit zijn ambt voortvloeiende plichten heeft verzaakt. Deze aansprakelijkheid kan volgens de heersende leer niet worden beperkt of uitgesloten.[284] De reden daarvoor is dat de notaris een openbaar ambt bekleed,[285] en de verhouding tussen cliënt en notaris gekenmerkt kan worden als een publiekrechtelijke rechtsverhouding. Om die reden zouden de regels inzake staatsaansprakelijkheid en inzake de aansprakelijkheid van ambtenaren ('*Staats*-'of '*Beamtenhaftungsrecht*'[286]) van toepassing zijn, hetgeen meebrengt dat een beperking of uitsluiting van de aansprakelijkheid slechts bij wet kan geschieden.[287] Dit zou de positie van de notaris daarom ook anders maken dan die van de advocaat ('*Rechtsanwalt*'), die zijn aansprakelijkheid in beginsel wel kan uitsluiten.[288] Ook zou de onjuiste informatieverschaffing over de inhoud van buitenlands recht niet vallen onder de '*Haftpflichtversicherung*'.[289] Uiteindelijk is de notaris niet verplicht om zijn cliënten over de inhoud van een buitenlands rechtsstelsel te informeren en kan hij dat risico met gebruikmaking van het *Vermerk* in de zin van § 17 III BeurkG dan ook uitsluiten.[290]

173 Kennisbronnen

Wanneer de notaris besluit om informatie over buitenlands recht te verzamelen, staan hem verschillende mogelijkheden ter beschikking. Zo kan hij ex § 11 *Bundesnotarordnung* (BNotO) een buitenlandse notaris als confrère om hulp vragen.[291] Het notariaat kent een sterk ontwikkeld netwerk en de notaris kan daarom ook inlichtingen en deskundigenberichten van het *Deutsches Notarinstitut* (DNotI)

281 Zie Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 307-308, die erop wijst dat een andersluidende opvatting erop neerkomt dat de notaris een *Amtspflicht* tegenover derden schendt, omdat deze niet meer op de akte kunnen vertrouwen. Een dergelijke opvatting ziet hij als onverdedigbaar, omdat de *Belehrungpflicht* slechts tegenover de betrokkenen geldt.

282 Lerch, *BWNotZ* 1997, p. 56; Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 305-310.

283 Lerch, *BWNotZ* 1997, p. 56.

284 Aldus Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 308.

285 § 1 BNotI; Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 308.

286 Aldus Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 308.

287 Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 308.

288 Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 308, met verdere verwijzingen naar literatuur in vtnt. 63.

289 Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 309.

290 Bardy, *MittRhNotK* 1993, p. 308 en p. 309.

291 Mann, 'Germany', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 205.

verkrijgen.[292] Verder kan een notaris door middel van een deskundigenbericht aan kennis over het toepasselijke recht komen.[293] Daartoe is in het verleden zelfs een lijst met namen van deskundigen en bijbehorende expertisegebieden gepubliceerd,[294] ook wel bekend als de '*Hetger-Liste*'.[295] Ingevolge § 1 van het *Auslands-Rechtsauskunftgesetz* (AuRAG),[296] dat dient ter uitvoering van de Europese Overeenkomst van 1968, is voor de notaris het gebruik van deze Overeenkomst niet mogelijk.

3.7.2.2 Standesamt

174 Plicht voor de *Standesbeamter*

De ambtenaar van de burgerlijke stand (*Standesamt*) moet het buitenlandse recht uit eigen beweging onderzoeken en toepassen.[297] In het specifieke geval van huwelijkssluiting heeft de ambtenaar van de burgerlijke stand na te gaan of er huwelijksbeletselen aanwezig zijn.[298] In het geval minstens een van beide echtgenoten een buitenlandse nationaliteit heeft, dient dit ex art. 13 EGBGB te worden beoordeeld naar buitenlands recht. Er lijkt geen algemene plicht tot '*Nachprüfung*' te worden aangenomen. Wel is de ambtenaar verplicht om zorg te dragen voor een juiste bevolkingsregistratie. Ook kan er sprake zijn van een '*Haftpflicht*' van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Om de taak van de *Standesbeamter* te vergemakkelijken, schrijft § 1309 BGB voor dat er een *Zeugnis* moet worden overgelegd, waaruit blijkt dat er naar het nationale recht van de verloofden geen huwelijksbeletselen aanwezig zijn.

175 Rechtsbescherming

Ingeval de ambtenaar van de burgerlijke stand een bepaalde ambtshandeling niet wil uitvoeren, kan de belanghebbende een procedure aanhangig maken bij de rechter om de ambtenaar van de burgerlijke stand de aanwijzing te geven deze handeling te verrichten.[299] In geval van twijfel kan de abs ook zelf het oordeel van de rechter vragen, hetgeen dan heeft te gelden als een weigering.[300] Op die procedure

---

292 Mann, 'Germany', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 205; Lorenz, in; *Beck'scher Online-Kommentar BGB*, EGBGB Einleitung zum internationalen Privatrecht, aant. 82.2.

293 Mann, 'Germany', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 205.

294 Zie W. Hetger, 'Sachverständige für ausländisches und internationales Privatrecht', *DNotZ* 1998, p. 425-436.

295 Th. Rogoz, *Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess*, Tübingen: Mohr Siebeck 2008, p. 123.

296 Voluit: *Gesetz zur Ausführung des Europäischen Übereinkommens betreffend Auskünfte über ausländisches Recht und seines Zusatzprotokolls vom 5. Juli 1974, BGBl.* I, p. 1433.

297 Bach & Gruber, 'Austria and Germany', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 113.

298 § 13 Personenstandsgesetz 2007.

299 § 49 I Personenstandsgesetz 2007.

300 § 49 II Personenstandsgesetz 2007.

zijn de bepalingen van het FamFG van toepassing.[301] Daarvoor geldt hetzelfde als in paragraaf 3.7.1. is gezegd.

3.8 Conclusie

176 Amtsanwendung en Ermittlungspflicht

De conclusie is dat in het Duitse recht de toepassing van conflicten- en buitenlands recht de verantwoordelijkheid is van de rechter. De rechtvaardiging daarvoor wordt gevonden in het rechtskarakter van buitenlands recht, waardoor het op één lijn wordt gesteld met het eigen recht en waarvoor het beginsel *iura novit curia* geldt. Het is opmerkelijk te noemen dat er slechts een wettelijke bepaling bestaat voor de toepassing van buitenlands recht en ander recht dat de rechter 'vreemd' is, zoals gewoonterecht en 'Statuten', terwijl er voor de toepassing van het eigen recht er geen bijzondere bepaling bestaat.

Opvallend is ook dat de Duitse leer inzake de ambtshalve toepassing van buitenlands recht volledig geconcentreerd lijkt te zijn rondom de idee van het 'pflichtgemäße Ermessen' van de Duitse rechter om de inhoud van vreemd recht naar eigen inzicht vast te stellen. Het antwoord op de vraag, op welke middelen hij zich mag verlaten om de inhoud van het vreemd recht op te sporen; hoe hij een en ander verantwoordt in zijn vonnis; of hij partijen in de gelegenheid moet stellen hun mening te geven; of hij hiaten in het vreemde recht mag opvullen c.q. dit recht verder mag ontwikkelen; en of de toepassing voor *Revision* in aanmerking komt, lijkt afhankelijk te worden gesteld van de vraag welk middel de rechter gekozen heeft en of hij nog andere middelen tot zijn beschikking had. De inspanningen die hij heeft geleverd voor het onderzoek naar vreemd recht lijken van doorslaggevend belang te zijn.

Hoewel dus veel ruimte aan de rechter wordt gelaten om de inhoud van vreemd recht naar eigen inzicht vast te stellen, lijkt deze vrijheid minder groot te zijn dan gedacht. De strenge eisen die het BGH aan feitenrechters stelt om met benutting van alle toegankelijke middelen de inhoud van vreemd recht vast te stellen, beperken de vrijheid van de Duitse rechter in hoge mate. Veelal zal een deskundigenbericht de aangewezen weg zijn om twijfel over de uitoefening van het 'Ermessen' weg te nemen.

Voor de rechtstoepassing in voluntaire zaken ('freiwillige Gerichtsbarkeit') gelden in beginsel dezelfde overwegingen als voor de toepassing van vreemd recht in contentieuze aangelegenheden ('Zivilprozessen'), aangezien ook in het laatste geval de rechter veel bemoeienis heeft met de vaststelling van de inhoud van vreemd recht. Het verschil dat wel relevant is, is dat in voluntaire zaken de rechter een verdergaande plicht heeft om ambtshalve feiten vast te stellen. Dit kan voor de vraag of de toepasselijkheid van buitenlands recht voor partijen disponibel is van belang zijn. Het conflictenrechtelijk relevante feitencomplex zal niet gemakkelijk door partijen beïnvloed kunnen worden. Met het oordeel van het BGH inzake de uitleg

301 § 52 Personenstandsgesetz 2007.

van § 72 FamFG is er ook op niveau van de toetsing van buitenlands recht in hoogste instantie minder verschil met de rechtstoepassing in contentieuze aangelegenheden.

De 'Amstanwendungspflicht' voor Duitse rechters lijkt niet in gelijke mate te gelden voor buitengerechtelijke autoriteiten als de ambtenaar van de burgerlijke stand of de notaris. Vooral voor de laatste geldt dat het bijzonder te noemen is dat deze geen plicht heeft partijen een 'Hinweis' inzake de toepasselijkheid van vreemd recht te geven. De positie van arbiters is wat ambigu. Sommige schrijvers nemen aan dat 'iura novit curia' ook voor hen geldt, terwijl anderen een flexibeler standpunt innemen, en dit meer overlaten aan de partijen.

4. ENGELS RECHT

4.1 Inleiding

177 Plan van aanpak

In dit hoofdstuk zal worden besproken hoe in het Engelse recht wordt omgegaan met de toepassing van conflicten- en buitenlands recht in de civiele procedure. Eerst zal echter het procedurele kader worden geschetst waarmee het probleem van de processuele status van conflicten- en vreemd recht nauw is verbonden (paragraaf 4.2.). Voorts zal, wanneer de procedurele achtergrond duidelijk is, worden bezien wat de taakverdeling is tussen rechter en partijen bij de toepassing van conflicten- en vreemd recht: wat moet (of mag) de rechter op eigen initiatief doen, en waar begint de verantwoordelijkheid van partijen (paragraaf 4.3.)? Wanneer de taakverdeling tussen de procesdeelnemers duidelijk is, zal aandacht worden besteed aan de complicaties die inherent zijn aan de toepassing van een ander rechtsstelsels dan de lex fori (paragraaf 4.4.). Vanwege het bijzondere karakter dat buitenlands recht in hogere instanties heeft, zal daaraan een eigen paragraaf worden gewijd (paragaaf 4.5.), gevolgd door een aantal 'atypische' gevallen waarin buitenlands recht van belang is. Dit betreft de status en toepassing van vreemd recht in arbitrale procedures (paragraaf 4.6.) en het probleem van buitenlands recht in non-contentieuze aangelegenheden (paragraaf 4.7.). Het hoofdstuk zal worden afgesloten met een conclusie (paragraaf 4.8.).

4.2 Engels burgerlijk procesrecht en de toepassing van het eigen recht

4.2.1 De inrichting van het Engelse burgerlijk proces

178 Historische achtergrond en de *Woolf Reforms*

Van oudsher kent het Engelse burgerlijk procesrecht een sterk adversair karakter. Zo bepaalden partijen in grote mate de wijze waarop het geschil verliep en waarover werd geprocedeerd.[1] Doordat de eindverantwoordelijkheid voornamelijk bij partijen werd gelegd, kon het gebeuren dat procedures werden vertraagd en de kosten

1 A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012, p. 44.

opliepen.[2] Dit werd aanvankelijk nog versterkt doordat in het oude Engelse procesrecht er verschillende rechtbanken bestonden, die elk eigen normenstelsels toepasten. Er bestond, bijvoorbeeld, een onderscheid tussen *courts of law*, waar de common law werd toegepast, en *courts of equity*, die rechtspraken op basis van 'equity' (wat het beste met 'billijkheid' kan worden vertaald). Tussen deze gerechten ontstond een intense machtsstrijd, met allerlei jurisdictiegeschillen tot gevolg.[3] De gerechtelijke versnippering is uiteindelijk sterk gereduceerd, onder meer na de inwerkingtreding van de Judicature Acts 1873-1875.[4] Desalniettemin werd een belangrijk probleem van het Engelse burgerlijk proces niet opgelost, namelijk dat de procedures inherent traag waren en een onnodig, door traditie ingegeven, formalistisch karakter hadden. Er bestonden zeer technische regels inzake het proces van *pleading*, waarvan de incorrecte inachtneming de zaak ernstig kon schaden.[5] Uiteindelijk liepen de kosten uitermate hoog op voor zowel rechtszoekenden als voor het gerechtelijk apparaat. Voorts was er nog steeds geen algemeen geldend wetboek van burgerlijke rechtsvordering, zoals dat op het continent bekend was, en was het procesrecht voornamelijk geregeld in zogenaamde *rules of court*, die per gerecht verschilden. Tot een werkelijke 'herziening' van het Engelse procesrecht was men niet gekomen.

Na langdurige ontevredenheid over de wijze waarop het Engelse systeem van 'civil justice' opereerde, is er besloten om een rapport te laten uitbrengen over de manieren waarop dit stelsel kon worden verbeterd. Dit onderzoek werd verricht door Lord Woolf, destijds 'Master of the Rolls' van de Court of Appeal. Na een tussenrapportage in 1995,[6] heeft Woolf in 1996 het eindrapport, getiteld *Access to Justice*, uitgebracht.[7] In dat rapport stelde Lord Woolf een aantal veranderingen voor, dat de toegang tot het recht in civiele zaken zou moeten verbeteren. Deze voorstellen hebben uiteindelijk geleid tot de *Civil Procedure Act 1997*.[8] Een onderdeel van de door Woolf gedane voorstellen was om de zogenaamde 'Rules of Court', die per gerecht konden verschillen, te laten vervangen door één landelijk geldende 'code',[9] de zogenaamde *Civil Procedure Rules 1998* ('CPR 1998').

Bijzonder aan de CPR 1998 is dat deze een zogenaamde '*overriding objective*' kent, welke volgens CPR Rule 1.1 de rechter in staat moet stellen om op een rechtvaardige manier met zaken om te gaan ('to deal with cases justly'). In het tweede lid van CPR Rule 1.1. staan een aantal omstandigheden vermeld, die vallen binnen de definitie van 'dealing with a case justly', voor zover dat althans in de praktijk te brengen ('practicable') valt. Zo moet de rechter garanderen dat de partijen op voet van

---

2 Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 45-47.

3 Zie Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 429-430.

4 Jacob, *The Fabric* 1987, p. 87.

5 Jacob, *The Fabric* 1987, p. 87-92.

6 H.K. Woolf, *Access to Justice. Interim Report to the Lord Chancellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Londen: Her Majesty's Stationary Office 1995.

7 H.K. Woolf, *Access to Justice. Final Report to the Lord Chanchellor on the Civil Justice System in England and Wales*, Londen: The Stationary Office 1996.

8 1997 c. 12

9 Waarbij 'code' overigens niet moet worden verward met een Wetboek in continentaal-Europese zin.

gelijkheid met elkaar staan. Voorts moeten kosten zoveel mogelijk worden bespaard, en moet de zaak worden behandeld op een wijze die proportioneel is. In het laatste geval moet worden gekeken naar de waarde van de zaak, de belangrijkheid van het geval, de complexiteit van de daarin te behandelen kwesties en de financiële positie van elk van de partijen. Ook moet de zaak spoedig en op een eerlijke wijze worden behandeld, en moet daaraan een gepast deel van de middelen ('ressources') worden besteed, terwijl ook rekening wordt gehouden met de middelen die voor ander zaken nodig zijn. Deze zaken bijeengenomen geven uiting aan het concept van de 'overriding objective', wat het nieuwe Leitmotiv van het Engelse burgerlijk geding is geworden en dat een (pro)actievere houding van de rechter vereist.[10]

179 Elementen van het Engelse burgerlijk geding

Uit welke onderdelen bestaat de Engelse rechtsgang in burgerlijke zaken? Volgens Andrews kunnen in het huidige stelsel van het burgerlijk geding zes 'fasen' worden onderscheiden.[11] Ten eerste is er de 'pre-action', gevolgd door de tweede fase van de 'commencement and pleadings', ofwel de inleiding van het proces. De derde fase is die van 'party preparation of factual evidence, expert evidence and disclosure'. Daarin wordt de zaak feitelijk voorbereid. Vervolgens breekt er een belangrijk stadium in de procesgang aan, de zogenaamde 'trial'. Tijdens de 'trial' vindt de behandeling van de zaak plaats. Na de uitspraak kan worden besloten om in hoger beroep te gaan, zodat de fase van 'appeal' een aanvang neemt. Het appel kent in het Engelse procesrecht een bijzondere behandeling. Van belang is vooral dat bepaalde handelingen, zoals bewijsverrichtingen, feitelijk niet meer voorkomen. Tot slot is er de fase van tenuitvoerlegging of 'enforcement'.

Wanneer de 'pre-action', die voor het huidige onderzoek wat minder relevant is, buiten beschouwing wordt gelaten en wordt gekeken naar de 'commencement'-fase, kan worden geconstateerd dat een Engelse civiele procedure wordt aanhangig gemaakt met een 'claim form', met daarbij een zogenaamde 'particulars of claim'. Deze document samen worden ook wel de 'statement of case' genoemd, ter vervanging van de oorspronkelijke term 'pleadings'.[12] Ook moet een 'statement of truth' worden bijgevoegd. De statement of case bepaalt voor een groot gedeelte de omvang van de rechtsstrijd van partijen.[13] Een centraal element in het Engelse burgerlijk geding is het concept van 'case management' geworden, welk instituut ervoor moet zorgen dat de rechter meer regie over de procedure – en vooral over de 'time tables' – krijgt.[14]

Vooral de fase van de 'trial' is te beschouwen als de meest relevante fase, aangezien in die fase de basis wordt gelegd voor het eventuele vervolg van de procedure in hoger beroep. Tijdens de 'trial' kunnen bewijshandelingen worden verricht, zoals het (kruis)verhoor van getuigen en deskundigen. De feitelijke grond-

10 Zie, o.a., M. Kay e.a., *Blackstone's Civil Practice*, Oxford: OUP 2015, no. 42.1-42.4.
11 Zie N.H. Andrews, *Andrews on Civil Processes*, Cambridge: Intersentia 2013, p. 65 e.v.
12 Al blijft deze term in de praktijk wel gebruikelijk, zie *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 23.2.
13 Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 65.
14 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 1.36.

slag van de procedure wordt tijdens de 'trial' vastgelegd; in appel zullen de rechters deze grondslag niet snel 'aantasten'.

180 FPR 2010

Sinds 6 april 2011 kent het Engelse procesrecht ook de *Family Procedure Rules* van 2010 (FPR 2010).[15] Zoals de naam al doet vermoeden, gelden deze procesregels voor familiezaken en zijn zij de uitwerking van section 75 van de Courts Act 2003.[16] Ook deze FPR kennen een 'overriding objective', op grond waarvan de Engelse rechter de opdracht heeft om op een rechtvaardige manier met zaken om te gaan ('to deal with cases justly').[17] FPR rule 1.1.(2) stemt qua bewoordingen praktisch geheel met CPR rule 1.1.(2) overeen.Het verschil met de CPR is dat de rechter, vanwege de bijzondere aard van het familieprocesrecht, eveneens oog moet hebben voor enig welzijnsbelang dat in het geding is ('having regard to any welfare issues involved').[18] De doelstellingen, die aan de FPR ten grondslag liggen, zijn vierledig,[19] en bevatten onder meer het oogmerk om het familieprocesrecht in harmonie met de regels van de CPR 1998 te brengen.

4.2.2 Feitenvaststelling en omvang van de rechtsstrijd

181 Feitenvaststelling en bewijslevering

De feitenvaststelling ligt in het Engelse procesrecht, zoals in vele rechtsstelsels, voornamelijk in handen van partijen. Oorspronkelijk was het partij-initiatief in het Engelse stelsel nog sterker verankerd. Partijen hadden het recht om bewijs te leveren, en de rechter kon daar in principe niet veel aan afdoen. Met de inwerkingtreding van de CPR 1998 heeft de rechter daarentegen meer controle gekregen over de bewijslevering door partijen.

Een belangrijke verandering is dat partijen onder de CPR 1998 eerst toestemming van de rechter moeten verkrijgen voordat zij deskundigenbewijs kunnen leveren.[20] Een ander verschil betreft de introductie van de *single joint expert*, die in beginsel door partijen gezamenlijk wordt voorgedragen.[21] De deskundige rapporteert aan de rechter, welke plicht voorrang heeft op enige verplichting aan de partijen door wie hij is geïnstrueerd of door wie hij wordt betaald.[22] Dit is een verschil met de vroegere situatie.

---

15 2010 No. 2955 L. 17.
16 2003 c. 39.
17 FPR rule 1.1.
18 Explanatory Memorandum to the Family Procedure Rules 2010 (2010 No. 2955 L. 17), no. 7.6. Geraadpleegd via http://www.legislation.gov.uk/uksi/2010/2955/pdfs/uksiem_20102955_en.pdf op 29 juni 2020.
19 Explanatory Memorandum, no. 7.4.
20 CPR rule 35.4(1).
21 CPR rule 35.7(2).
22 CPR rule 35.3(2).

Bij de feitenvaststelling wordt wel een onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten feiten. Hierbij gaat het om *facts in issue*, *facts relevant to the issue* en *collateral facts.*[23] De eerste soort ziet op de feiten die nodig zijn om vordering of verweer te doen slagen, terwijl de tweede soort ziet op feiten die kunnen wijzen op het bestaan of niet-bestaan van *facts in issue* en worden daarom bewezen door *circumstantial evidence*.[24] De *collateral facts* zien meer op de bewijslevering zelf, zoals de betrouwbaarheid of expertise van getuigen of deskundigen.[25]

De feiten moeten door partijen worden gesteld in de *statement of case*.[26] Dit bestaat uit de 'claim form', de 'particulars of claim' (voor zover niet in de claim form opgenomen), het verweer ('defence'), een zogenaamde 'Part 20 Claim' of het antwoord op het verweer ('reply to the defence').[27] Het is mogelijk dat een der partijen haar 'statement of case' wil aanpassen. Dit is mogelijk zonder rechterlijke toestemming, wanneer de wijziging plaatsvindt vóór de betekening ('service') van de statement of case aan een andere partij.[28] Na betekening moet ofwel de toestemming van de rechter, ofwel de schriftelijke toestemming van alle andere partijen worden verkregen.[29]

182 Judicial notice

De hoofdregel van bewijsrecht is dat een partij bewijs moet leveren van de door haar gestelde feiten. De bewijslast rust op die partij die het rechtsgevolg van de door haar gewenste feiten stelt, door Jolowicz ook wel de 'material facts' genoemd.[30] Deze bewijslast wordt onderscheiden in een 'persuasive burden' en een 'evidential burden', waarvan de laatste betrekking heeft op de bewijsvoering zelf.[31] Wanneer echter sprake is van een 'admission',[32] wat inhoudt dat de verweerder de stellingen of een deel daarvan van zijn wederpartij voor waar aanziet, of wanneer van het feit *judicial notice* kan worden genomen, hoeft er geen bewijs te worden geleverd.

Het concept van 'judicial notice' is aldus een belangrijk aspect van de feitenvaststelling in het Engelse procesrecht. Dit concept ziet op:

---

23 *Blackstone's Civil Practice*, 2015, no. 49.1.; H.M. Malek e.a. (red.), *Phipson on Evidence*, Londen: Sweet & Maxwell 2005, no. 7-01. Bij de laatste auteur worden 'collateral facts' echter anders genoemd, namelijk 'facts which affect the legal reception or weight of the evidence tendered'.

24 Zie *Blackstone's Civil Practice*, 2015, no. 49.2-49.3; *Phipson on Evidence* 2005, no. 7-02 en 7-03.

25 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 49.4, onderscheidt deze in drie soorten: feiten die de geloofwaardigheid van een getuige betreffen; feiten die gaan over een voorwaarde die nodig is voor de toelaatbaarheid van een bepaald bewijsstuk (ook wel *preliminary facts* genoemd); en, tot slot, feiten die gaan over de competentie van een deskundige ('expert witness') (zoals de kwalificaties van een deskundige).

26 CPR rule 16.4(1) voor de 'particulars of claim'.

27 CPR rule 2.3(1).

28 CPR rule 17.1(1).

29 CPR rule 17.1(2).

30 J.A. Jolowicz, 'Da mihi facta dabo tibi jus: A problem of demarcation in English and French law', in: P. Feuerstein & C. Parry (red.), *Multum non multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstag*, Heidelberg/Karlsruhe: C.F. Müller Juristischer Verlag 1980, p. 79-99, op p. 90.

31 *Phipson on Evidence* 2005, no. 6-02 en 6-03.

32 Part 14 van de CPR.

> '(...) facts, which a judge can be called upon to receive and to act upon, either from his general knowledge of them, or from enquiries to be made by himself for his own information from sources to which it is proper for him to refer.'[33]

Judicial notice wordt normaliter genomen van feiten die geen bewijs behoeven, zoals notoria ('*notorious facts*'), of feiten die de al zijn vastgesteld of gemakkelijk kunnen worden opgezocht in een gezaghebbende bron.[34] Dit neemt niet weg dat in sommige gevallen een onderzoek is vereist. Ook kunnen wettelijke voorschriften voorschrijven dat *judicial notice* moet worden genomen van bepaalde feiten.

De doctrine van *judicial notice* is niet beperkt tot feiten, maar strekt zich ook uit tot bepaalde rechtsregels.[35] Zo kunnen rechters ook 'judicial notice' nemen van 'Acts'.[36] Section 3 van de *Interpretation Act 1978*[37] schrijft namelijk voor dat '[e]very Act is a Public Act to be judicially noticed as such, unless the contrary is expressly provided by the Act.' De laatste zinsnede impliceert dat er, althans in theorie, nog steeds bewijs kan worden verlangd voor wetten die bepalen dat zij niet voor 'judicial notice' vatbaar zijn. Voor 'Acts' die zijn aangenomen in de periode voorafgaand aan 1851, bepaalde de common law reeds dat deze voor 'judicial notice' in aanmerking komen.[38] Naast 'Acts' kan ook kerkelijk recht in die categorie worden geplaatst, net zoals het recht van de Europese Unie.[39] Lokaal recht ('local bye-laws') lijkt juist weer niet 'judicially noticed' te mogen worden.[40]

183 Inhoud van pleadings of statement of case

Waarover partijen mogen procederen, wordt grotendeels bepaald door de *statement of case*. De statement of case bepaalt in beginsel de omvang van de rechtsstrijd. Wat exact in de statement of case moet worden opgenomen, is in de loop van de tijd aan verandering onderhevig geweest. In vroegere tijden moesten in common law-zaken zowel stellingen over het recht als gemengde stellingen (recht en feit) worden vermeld, terwijl het in zaken van equity vooral stellingen over het bewijs betrof.[41] Dit had te maken met de oorsprong van het Engelse procesrecht in het stelsel van de *writs*, de verschillende acties die partijen konden instellen, welk stelsel was geba-

---

33 *Commonwealth Shipping Representative v Peninsular and Oriental Branch Service* [1923] AC 191, op. 212, per Lord Sumner.

34 *Phipson on Evidence* 2005, no. 3-02.

35 Zie *Phipson on Evidence* 2005, no. 3-07 - 3-09.

36 Zie *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 49.29. De stelling van Lalani, dat de doctrine van 'judicial notice' impliceert dat er 'notorious facts' zijn, lijkt daarmee niet verdedigbaar, voor zover zij althans meent dat deze doctrine alleen bij notoria kan worden toegepast. Wel is haar stelling te verdedigen dat 'judicial notice' niets zegt over de al dan niet actieve of passieve houding van de rechter. Zie Lalani, *Doubt Develops* 2012, p. 85.

37 UK Statute 1978 Ch 30. Section 22 jo. Section 1 van Part I van de bijhorende Schedule 2 bepaalt dat Section 3 van toepassing is op wetgeving aangenomen na 1850.

38 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 49.29.

39 *Phipson on Evidence* 2005, no. 3-07. Voor deze laatste categorie geldt dat zij is vereist door *statutory law*, zie paragraaf 4.2.4.

40 *Phipson on Evidence* 2005, no. 3-07.

41 Jacob, *The Fabric* 1987, p. 89.

seerd op het uitgangspunt dat '*remedies precede rights*'. Sinds de *Judicature Acts* 1873 en 1875[42] is dit stelsel veranderd en hoeven slechts de voor de beslissing relevante feiten – de zogenaamde *material facts* – in de pleadings te worden opgenomen.[43] Bewijs mocht daarin niet worden vermeld, terwijl juridische kwesties – 'points of law' – wel mochten worden opgeworpen.[44] Sommige zaken moesten juist wel specifiek worden genoemd.[45]

De pleadings vormden dus de basis van het processuele debat. Op grond van die basis konden partijen of hun raadslieden hun 'arguments' aanvoeren. Wanneer zij tijdens hun 'arguments' ook andere punten wilden aanvoeren, was daarvoor in beginsel een aanpassing vereist, de zogenaamde *amendment of pleadings*. De vraag rees echter, in hoeverre de 'argument' nog viel binnen de 'pleadings' en wanneer een 'amendment' precies vereist was. Dit wordt duidelijk geïllustreerd in de zaak *Barclays Bank Plc. v. Boulter and Another*,[46] welke als eigenaardigheid had, dat zij uitsluitend een punt van pleading betrof[47] en om die reden dus een nadere bespreking gerechtvaardigd is.

> Het ging in deze zaak, welke nog onder het regime van vóór de CPR is gewezen, kort gezegd om een zakelijk zekerheidsrecht van een bank dat de echtgenoot van verweerster op het huis had gevestigd, waarbij verweerster door haar echtgenoot was misleid ('misrepresentation'). Om die reden vroeg zij om een 'setting aside' van het zekerheidsrecht en voerde zij aan dat de bank '*constructive notice*' had – een fictie, inhoudende dat de bank, als redelijk persoon, wetenschap had behoren te hebben van haar actie in rechte – van haar recht om het zekerheidsrecht terzijde te laten stellen. De vraag was echter, of zij dat in haar pleadings ex RSC, Order 18, para. 8(2), specifiek had moeten opnemen, of dat de door haar gestelde 'material facts' reeds voldoende waren om een dergelijk 'argument' te rechtvaardigen.

Interessant in deze zaak is dat de Court of Appeal, bij monde van Mummery L.J., van oordeel was dat niet alleen moet worden gekeken naar de regels van 'procedure and practice', maar ook naar de bepalingen van materieel recht, wanneer bepaald moet worden of een 'issue' in de pleadings is opgenomen:[48]

> 'The facts and matters which should be pleaded in any particular case, either by way of claim or defence, are determined partly by the rules of procedure and practice and partly by the substantive law relevant to the cause of action and the available defences to it. Procedure and practice require that *all* material facts should be pleaded. In general, *only* facts should be pleaded: not evidence relied on to prove the facts; not points of law; not argument (cursief van Mummery L.J., auteur).'

Vervolgens ging Mummery L.J. in op de materiële aspecten van de zaak, om zo tot het oordeel te komen dat eiseres haar stellingen in de pleadings niet hoefde aan te passen, en dat in deze zaak de bank de bewijslast had om aan te tonen dat zij geen

---

42 *Supreme Court of Judicature Act* 1873 (36&37 Vict.) c. 66; *Supreme Court of Judicature Act* 1875 (38 & 39 Vict.) c. 77.

43 RSC, Order 18, para. 7(1).

44 RSC, Order 18, para. 11.

45 RSC, Order 18, para. 8.

46 *Barclays Bank Plc. v. Boulter and Another* [1998] 1 W.L.R. 1 (CA).

47 *Barclays Bank Plc. v. Boulter and Another* [1999] 1 W.L.R. 1919 (HL), p. 1922 (per Lord Hoffmann).

48 *Barclays Bank Plc. v. Boulter and Another* [1998] 1 W.L.R. 1 (CA), p. 8 (per Mummery L.J.).

'actual or constructive notice' had van de *equity* van de vrouw. De House of Lords nam het oordeel van Mummery L.J. niet in zijn geheel over en deed grote delen van zijn oordeel zelfs af als onjuist.[49]

Onder het huidige regime van de CPR is deze situatie veranderd. Zo is het niet meer verboden om in de pleadings – 'statement of case' geheten – het bewijs al op te nemen. Dit heeft te maken met het veranderde karakter van de 'statement of case'. Onder het oude recht hadden de pleadings voornamelijk tot doel om de 'issues' in de procedure te identificeren en zo te voorkomen dat een van de partijen verrast zou worden. [50] Onder de CPR dienen de statements of case er voornamelijk toe om partijen in staat te laten stellen de haalbaarheid van hun zaak te beoordelen en de rechter in staat te stellen te beoordelen wat de aard van het geschil is en de verschillende moeilijkheden die daarbij aan de orde kunnen komen.[51]

4.2.3 Toepassing van het eigen recht

184 Geen iura novit curia

Bij de vraag naar de taakverdeling bij de toepassing van het recht, kan worden vooropgesteld dat het begrip 'ambtshalve toepassing' of 'ambtshalve aanvullen van rechtsgronden' in het Engelse recht als zodanig niet te vinden is. Het zelfde geldt voor het adagium *iura novit curia*, dat volgens sommigen helemaal geen beginsel van Engels procesrecht is. Zo stelde F.A. Mann dat '(…) the rule *curia novit legem* has never been and is not part of English law (…)'.[52] Het zou voornamelijk de taak van de raadslieden zijn om de rechter te informeren inzake de relevante precedenten.[53] Dit wordt ook wel het beginsel van '*judicial unpreparedness*' genoemd.[54] *Iura novit curia* lijkt zo beschouwd dus geen deel van het Engelse recht uit te maken.[55]

Anderen zijn echter van mening dat dergelijke contrasten tussen enerzijds de common law en anderzijds continentale rechtsstelsels worden overdreven.[56] Zo zou de Engelse rechter zonder bezwaar een rechtsvraag mogen opwerpen, die partijen niet hebben aangevoerd.[57] Ook zouden Engelse rechters ambtshalve punten van openbare orde aansnijden, net als continentale rechters dat zouden doen.[58] Anderen

---

49 *Barclays Bank Plc. v. Boulter and Another* [1999] 1 W.L.R. 1919, i.h.b. p .1926. Slechts op het punt van de 'pleading' werd het appel toch afgewezen.

50 Jacob, *The Fabric* 1987, p. 90.

51 *Zuckermann on Civil Procedure* 2013, p. 296, no. 7.11.

52 Zie Mann, *LQR* 1977, p. 369. Idem *Andrews on Civil Processes* 2013, p. 799, no. 29.56.

53 *Andrews on Civil Processes* 2013, p. 799, no 29.58.

54 Mann, *LQR* 1977, p. 369.

55 Aldus ook Rogoz, *Ausländisches Recht* 2008, p. 53-54.

56 Zie bijvoorbeeld A-G Jacobs in zijn conclusie bij gevoegde zaken C-430/93 en C-431/93, Jur. 1995, p. I-4707 (*Van Schijndel en Van Veen*), op p. I-4718, no. 34.

57 Zie A-G Jacobs, t.a.p., p. I-4718, no. 34. Opvallend is wel dat de A-G eerst nog zegt dat in continentale stelsels de rechter aan partijen moet vragen zich uit te laten over een nieuwe rechtsvraag, '(…) evenals een Engelse rechter dit zou doen.'

58 Al is het wel de vraag, of 'openbare orde' in deze zin hetzelfde betekent als in continentale zin.

stellen dat *iura novit curia* een 'strenge' en een 'zachte' variant kent, waarbij het Engelse recht valt in te delen onder de laatste categorie.[59]

185 Verantwoordelijkheid van de counsels

Ongeacht deze discussie, lijkt de rechtspraak de verantwoordelijkheid wel te leggen bij de raadslieden van partijen en worden deze laatsten verantwoordelijk gehouden voor het niet aanhalen van de juiste rechtsregels.[60] Dit wordt treffend geïllustreerd in het relatief recente oordeel van de *Court of Appeal* in *Copeland v Smith and Another*.[61] In deze zaak ging het oorspronkelijk om een verkeersongeval. Doordat de *solicitors* van het verkeersslachtoffers pas laat achter de identiteit van de persoon kwamen die het slachtoffer daadwerkelijk had aangereden, was de vordering jegens die persoon op grond van de *Limitations Act 1980* verjaard. De vraag rees in hoeverre de kennis van de *solicitor* aan het slachtoffer kon worden toegerekend. Desgevraagd gaf de *counsel* van een van de partijen aan dat er over die vraag geen *authority* te vinden was. Dit vond de rechter in eerste aanleg weliswaar 'funny', maar het bewoog hem niet om zelf onderzoek te doen. Er was echter wel een recent uitgekomen, gepubliceerde ('reported') uitspraak van de Court of Appeal, maar omdat de rechter deze niet kende, nam hij een beslissing die haaks stond op deze *authority*. In appel oordeelde de Court of Appeal dat de raadslieden van de partijen het de rechter hadden toegestaan om een beslissing te nemen zonder op de hoogte te zijn van de laatste *authorities*. Veelzeggend is het citaat van Brooke L.J.:[62]

> '(…) it is quite essential for advocates who hold themselves out as competent to practice in a particular field to bring and keep themselves up to date with recent authority in their field. (…) If this is not done, judges may be getting the answer wrong through the default of the advocates appearing before them (…). This is one of the reasons why, in contrast to systems of justice in other countries, English judges are the most invariably in a position to give judgment at the end of a straightforward hearing without having to do their own research and without the state having to incur the cost of legal assistance for judges because they cannot rely on the advocates to show them the law they need to apply (mijn weglatingen, auteur).'

Dit citaat is interessant om twee redenen. Ten eerste laat het zien dat het hier gaat om de professionele standaarden van de betrokken 'advocate'. In zoverre kan worden verdedigd dat de toepassing van het recht in Engeland voornamelijk een verantwoordelijkheid *ex professo* lijkt te zijn, en niet zozeer *ex officio*. Ten tweede blijkt hieruit ook dat een dergelijke praktijk heeft te maken met de (infra)structuur van het rechtssysteem en van de rechterlijke organisatie en de daarbij behorende kosten, wat we zouden kunnen duiden met het belang van de beperking van de

59 Spagnolo 2011, p. 185-186, en (in praktisch gelijke bewoordingen), Spagnolo 2014, p. 482-483.

60 Zie ook Jacob, *The Fabric* 1987, p. 12: 'It (the court, auteur) relies on the advocates to cite and refer to the applicable law and it does not normally carry out its own researchers in this respect'.

61 *Copeland v Smith and Another* [2000] 1 W.L.R. 1371.

62 *Copeland v Smith and Another* [2000] 1 W.L.R. 1371, op p. 1375-1376 (zie ook *Andrews on Civil Processes* 2013, p. 799, noot 73).

systeemkosten,[63] net als het gebruikelijke *ex tempore* karakter van Engelse gerechtelijke uitspraken.

186 Gevaltypen

De Engelse rechter mag wel uit eigen beweging een precedent aan de orde stellen, maar hij heeft niet de plicht om dat te doen.[64] Inzake de bevoegdheid van de Engelse rechter om *ex proprio motu* rechtsgronden of -vragen aan de orde te stellen, heeft Andrews een interessant overzicht gemaakt van vier situaties waarin dat probleem zich kan voordoen.[65] Ten eerste kan het zijn dat de 'counsel' een bindende 'authority', zij het afkomstig uit de jurisprudentie of een wettelijke 'authority', niet heeft aangevoerd. Ten tweede kan de 'counsel' hebben nagelaten om een regel of beginsel dat zwak of onjuist is ('a weak or erroneous precedent rule or principle'[66]) aan de orde te stellen om zo een correctie ervan mogelijk te maken. In de derde situatie zijn er meer rechtsregels die op de rechtsverhouding van toepassing kunnen zijn. In dat geval heeft de rechter de visie van de partijen ('line of argument') nodig om tot de conclusie te komen welk van deze oplossingen de voorkeur heeft. De vierde situatie komt erop neer dat de rechter een aantal met elkaar samenhangende kwesties heroverweegt in het belang van wat Andrews 'rationality, order and simplicity' noemt.[67] Op deze manier kan de rechter een nieuwe synthese tot stand proberen te brengen of althans meer duidelijkheid te bieden.[68]

Alleen in het eerste geval (I) zou de rechter de bevoegdheid hebben om van de 'counsel' te verlangen dat een 'argument' wordt aangepast.[69] Zo werd geoordeeld in *Glebe Sugar Refining Company Ltd v Trustees of Port and Harbours of Greenock*.[70] Daarin ging het om de uitleg van een specifieke wet over de haven van Greenock.[71] De 'counsels' waren echter voorbijgegaan aan een algemene wet inzake havens die ruim een halve

63 Dit doet denken aan het bezwaar dat de Europese Commissie tijdens de totstandkoming van Rome II heeft geuit tegen het voorstel van het Europees Parlement om in de verordening op te nemen dat de rechter gehouden is ambtshalve het toepasselijke recht te achterhalen. De Commissie meende dat sommige lidstaten daarvoor geen 'doeltreffende structuren' voorhanden hadden. Zie Advies van de Commissie overeenkomstig artikel 251, lid 2, derde alinea, onder c), van het EG-Verdrag betreffende de amendementen van het Europees Parlement op het gemeenschappelijk standpunt van de Raad inzake het voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), houdende wijziging van het voorstel van de Commissie overeenkomstig artikel 250, lid 2 van het EG-Verdrag, Brussel, 14 maart 2007, COM(2007)126 def., p .6. Zie daarvoor ook hoofdstuk 1.

64 Mann, *LQR* 1977, p. 369.

65 Andrews, *CJQ* 1988, p. 126-128.

66 Andrews, *CJQ* 1988, p. 127.

67 Andrews, *CJQ* 1988, p. 127.

68 Andrews noemt als voorbeeld de poging van Lord Denning M.R. om een aantal relevante kwesties aangaande 'undue influence' te 'herformuleren' tot 'inequality of bargaining power' in *Lloyds Bank v. Bundy* [1975] 1 Q.B. 326, i.h.b. op p. 334-340.

69 Andrews, *CJQ* 1988, p. 127-128.

70 1921 S.C. (H.L.) 66.

71 De zogenaamde Greenock Port and Harbours Consolidation Act 1913, 3 & 4 Geo. 5, c. xlii.

eeuw eerder in werking was getreden,[72] en die mogelijk licht kon werpen op de uitleg van de nieuwere wet. Om die reden had de rechter partijen nog uitgenodigd voor een nieuw debat over het effect van deze wet. De voorzitter, Lord Birkenhead L.C., vestigde nog eens de aandacht op het feit dat de rechter in complexe gevallen niet altijd op de hoogte kan zijn van alle 'authorities', dat de House of Lords verwacht dat alle 'authorities' die op de een of andere manier relevant zijn onder de aandacht worden gebracht, ongeacht of de betreffende 'authority' in het voordeel is van degene die erop wijst.[73] Voor de overige gevallen (II-IV) lijkt te gelden dat de rechter sterk gebonden is aan het processuele kader dat door de raadslieden is geschapen.[74]

187 Due notice

Wanneer de Engelse rechter toch besluit om zelf een rechtsvraag aan de orde te stellen, moet hij onder alle omstandigheden rekening houden met het principe van 'due notice' en behoort de rechter partijen in de gelegenheid te stellen om zich daarover uit te laten.[75] Een voorbeeld biedt de uitspraak van de *Privy Council*[76] in de zaak *Hoecheong Products v Cargill Hong Kong.*[77] Dat betrof een geval waarin een verkoper van '*expellers*' een beroep deed op een overmachtsclausule in de koop-overeenkomst. De *Court of Appeal of Hong Kong* stelde de kopers in het gelijk op een grond die niet werd ingeroepen of onderzocht in eerste instantie ('*at trial*') en die ook in appel geen deel van het debat tussen partijen uitmaakte.[78] De *Privy Council* oordeelde dat op die manier de kopers de mogelijkheid werd ontnomen om zich over dat punt uit te laten, net als '(…) an unanswerably objection on procedural grounds'. Deze handelswijze werd als 'unfair' jegens de kopers beschouwd. Meer in het bijzonder overwoog Lord Mustill:[79]

> 'The principles which inhibit the parties from raising new points on appeal, particularly where the facts have not been investigated at the trial, are so well established that it is unnecessary to quote from authorities such as (volgt rechtspraak van de Court of Appeal, auteur). These principles

72 De zogenaamde Harbours, Dock, and Piers Clauses Act 1847, 10 & 11 Vict. c. 27.

73 Zie de uitspraak in 1921 2 S.L.T. 26, i.h.b. op p. 28.

74 Zie bijvoorbeeld *Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad* [1958] A.C. 379 (H.L.) .

75 See *Andrews on Civil Processes* 2013, p. 800, no.29.60; Zuckerman 2013, p. 296-297, no. 7.1, welke verwijst naar een Australische (straf)zaak, *Pantorno v. The Queen* (1989) 166 C.L.R. 466, i.h.b. naar een citaat op p. 473.

76 Toegegeven moet worden dat de *Judicial Committee* van de *Privy Council* geen rechterlijke instantie is voor Engeland en Wales, maar functioneert als een hoogste beroepsinstantie voor overzeese gebiedsdelen van het Verenigd Koninkrijk en zijn oordelen geeft in de vorm van een advies aan de monarch. Niettemin genieten zijn adviezen wel veel gezag, vooral omdat er hoge (Engelse en andere) rechters in de Committee plaatshebben. Zie hierover o.a. Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 430 en 460.

77 *Hoecheong Products Co Ltd. v. Cargill Hong Kong Ltd.* [1995] 1 W.L.R. 404, i.h.b. p. 409 (PC).

78 De *Court of Appeal of Hong Kong* oordeelde, onder verwjizing naar *authorities*, dat een verkoper zich niet kan beroepen op een overmachtsclausule, wanneer hij op de hoogte was van feiten die het waarschijnlijk maakten dat die clausule ingeroepen kon worden.

79 *Hoecheong Products Co Ltd. v. Cargill Hong Kong Ltd.* [1995] 1 W.L.R. 404, op p. 408.

> equally apply where it is the court, rather than the parties, which seeks to introduce the new legal issue.'

Verderop in de uitspraak vervolgt Lord Mustill:[80]

> 'It does, of course, happen from time to time that a court comes to learn of a statute or authority bearing importantly on an issue canvassed in argument but, through an oversight, not then brought forward. The court may wish to take the new matter into account. Before doing so it should always ensure that the parties have an opportunity to deal with it, either by restoring the appeal for further oral argument, or at least by drawing attention to the materials which have come to light and inviting written submissions upon them. The present case required even more meticulous procedures, for what the court introduced was not new material on the existing issue, but an entirely new question of law and fact. The occasions (…) must be rare, but if it were ever to do so the first step must always be to have the matter thoroughly explored by adversarial means, as regards not simply the merits of the new question but also the propriety of entering upon it at all (mijn weglating, auteur).'

Uit dit citaat lijkt een meer algemene regel te worden geformuleerd dat de rechter de partijen altijd de gelegenheid moet geven om zich uit te laten over een 'new matter', maar dat dit in het onderhavige geval, waarin immers een 'entirely new question of law and fact' aan de orde kwam, nog meer het geval is. Hierbij moet wel de kanttekening worden geplaatst dat het hier een appel betrof en geen zaak in eerste aanleg. Hoewel het mogelijk is om in appel een 'new point of law' aan te voeren, zal de appelrechter terughoudend zijn in het toekennen daarvan.[81]

188 Kritiek op de lijdelijkheid van de rechter

De in het voorgaande beschreven toestand van relatief grote lijdelijkheid van de Engelse rechter bij de toepassing van het eigen recht is aan kritiek onderhevig. Zo zouden rechters, wanneer zij volledig afhankelijk zijn van 'counsel argument', niet goed kunnen bijdragen aan de ontwikkelingen of de verduidelijking van het recht.[82] Ook Lord Denning was er een voorstander van om het belang van een juiste rechtsleer te laten prevaleren boven het door raadslieden geboden kader en heeft meermalen geprobeerd om een nieuw punt aan te roeren dat door de raadslieden in de betreffende zaak niet was genoemd. Hij meende dat '(…) an erroneous proposition should not be accepted as good law simply because counsel have passed it by in silence and have not sought to challenge it'.[83] Zijn voorstellen werden echter niet gevolgd.

Bij het voorgaande kan de kanttekening worden geplaatst, dat deze rechtspraak dateert van vóór het CPR-tijdperk en het de vraag is, in hoeverre een en ander is veranderd na de '*Woolf reforms*'. Vooropgesteld kan worden dat Lord Woolf met de veranderingen die de CPR teweeg heeft gebracht – zoals case management – niet de 'adversarial nature' van het Engelse burgerlijk procesrecht heeft willen aantasten, maar heeft willen voorkomen dat wordt toegestaan dat elke mogelijke kwestie wordt nage-

80 *Hoecheong Products Co Ltd. v. Cargill Hong Kong Ltd.* [1995] 1 W.L.R. 404, i.h.b. p. 409 (PC).
81 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 75.13.
82 Andrews, *CJQ* 1988, p. 125 e.v.
83 *Goldsmith v Sperrings* [1977] 2 All E.R. 557, p. 572 A-B [1977] 1 W.L.R. 478, p. 486.

streefd, ten nadele van de kosten en de tijd die daarin worden gestoken.[84] Het is dan ook de vraag in hoeverre ook 'legal argument' wordt beïnvloed door de CPR 1998.

Sinds de inwerkingtreding van de CPR is er wel een zaak voor de Court of Appeal geweest. Deze betrof de met de CPR ingevoerde verandering dat in de 'statement of case' onder meer verwezen mag worden naar '(…) any point of law on which the party's claim or defence is based'.[85] Onder de voorganger van de CPR, de Supreme Court Rules (SCR), was het niet helemaal duidelijk of dit was toegestaan. Hoewel het volgens SCR, Order 18, para. 11 de procespartijen was toegestaan om rechtsvragen op te werpen,[86] maar volgens sommigen was het onduidelijk of dat was toegestaan.[87] Hoe dit ook moge zijn, deze discussie is met de inwerkingtreding van de CPR in ieder geval gesloten.

189 Plicht om de rechtsgronden aan te vullen?

De vraag rijst echter of, zoals sommigen beweren, deze regel ook inhoudt dat de rechter voortaan de plicht heeft de rechtsgronden aan te vullen en hij daarbij niet gebonden is aan de stellingen van partijen.[88] Ter ondersteuning van dat argument wordt wel verwezen naar *Loveridge v. Healey*,[89] welke zaak ging over de vraag in hoeverre juridische kwesties voorwerp van een 'admission' kan zijn in de specifieke betekenis die het Engelse recht daaraan toekent. In *Loveridge v. Healey* oordeelde de *Court of Appeal* dat een juridische stelling die in de *pleadings* is opgenomen, geen voorwerp van 'admission' kan zijn.[90] Buxton L.J. oordeelde in dat verband:

> 'That is because of the well-worn principle that the parties cannot, and certainly cannot within the confines of particular litigation, by agreement withdraw from the court the decision of a question of law (…)'

Buxton L.J. vervolgt daarna met een verwijzing naar de zaken *Scott v. Avery* en *Lee v. Showmans Guild*.[91] Het is echter voor twijfel vatbaar of deze zaken daadwerkelijk zien op de al dan niet ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, aangezien het in die zaken ging om respectievelijk een arbitrageovereenkomst en het lidmaatschap van een 'guild' op grond waarvan geschillen aan een eigen commissie waren overgelaten. Deze zaken zien eerder op de beperking van de toegang tot de rechter, en niet zozeer aan de gebondenheid van de rechter aan stellingen van de partijen over het recht. Ook Buxton

84 Woolf 1996, p. 14, no. 3. Zie ook Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 47.

85 CPR PD 16, para. 13.3(1).

86 De betrokken bepaling, SCR, Order 18, para. 11, getiteld 'Points of law may be pleaded', luidde: 'A party may by his pleading raise any point of law'.

87 *Loveridge v Healey* [2004] EWCA Civ 173 [2004] C.P. Rep. 30. Zie ook Zuckermann, 2013, p. 296, no. 7.13, die stelt dat '[a]verments of law may now be made in the pleadings.' Dit impliceert dat het voorheen niet was toegestaan, hetgeen toch in schril contrast met de bewoordingen van RSC, Order 18, para. 11, staat.

88 Zoals Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 74.

89 *Loveridge v Healey* [2004] EWCA Civ 173 [2004] C.P. Rep. 30.

90 Zie ook Zuckermann, 2013, p. 296, no. 7.13.

91 Resp. *Scott v. Avery* (1856) 5 HL Cas 811, in het bijzonder op p. 845, en *Lee v. Showmans Guild* [1952] 2 QB 329, in het bijzonder op p. 342.

L.J. lijkt zich dat wel gerealiseerd te hebben wanneer hij stelt dat zulks '(…) cannot be done by the 'agreement' that arises from a failure to plead to an allegation'.[92]

Het is echter kwestieus of *Loveridge v. Healey* tot gevolg heeft dat de Engelse rechter ambtshalve de rechtsgronden heeft aan te vullen. Een 'admission' ziet immers op feiten, die door de andere partij zijn erkend.[93] Als men op die manier ook de juridische stellingen van de wederpartij zou kunnen 'erkennen', zou men praktisch gezien het rechtsoordeel aan de rechter kunnen onttrekken. Om die reden lijkt het voor de hand te liggen dat partijen die mogelijkheid niet hebben. Dit is overigens anders wanneer het gaat om buitenlands recht.[94]

190 Geen deskundigenbewijs over Engels recht

Het is een regel van het Engelse burgerlijk procesrecht dat er geen deskundigenbewijs over het eigen recht kan worden ingebracht.[95] Dit is vaste rechtspraak van de High Court, Queen's Bench, sinds diens uitspraak in *Midland Bank Trust Co. Ltd. v Hett, Stubbs & Kemp*.[96] Deze zaak betrof de aansprakelijkheid ('negligence') van een solicitor, die een fout had gemaakt bij het advies aan zijn cliënt inzake de registratie van een koopoptie op een onroerende zaak. Ter ondersteuning van hun standpunt hadden beide partijen 'practicing solicitors' opgeroepen om bewijs voor hun stellingen te geven over de reikwijdte van de plichten van een solicitor. De rechter oordeelde dat hij niet alleen de toegevoegde waarde, maar ook de toelaatbaarheid van dergelijke bewijsleveringen betwist, aangezien '[t]he extent of the legal duty in any given situation must, I think, be a question of law for the court'.[97] Dit zou anders zijn wanneer het gaat om een bepaald gebruik binnen een beroepsgroep of een door een beroepsorganisatie neergelegde gedragsregel. Maar de enkele opvatting van een bepaalde beroepsbeoefenaar over wat hij in een vergelijkbaar geval zou hebben gedaan, 'without the benefit of hindsight', valt daar niet onder.[98]

Ook in latere rechtspraak is deze vaststelling herhaald. Om te beginnen heeft de Court of Appeal de regel die de High Court in de *Midland Bank Trust*-zaak had geformuleerd, wederom toegepast en daarmee dus goedgekeurd.[99] In de *Barings*-zaak[100] heeft Evans-Lombe J. van de High Court, Queen's Bench, een uitgebreid overzicht gegeven van de vereisten voor 'admissibility' van deskundigenbewijs, zoals deze uit de rechtspraak blijken. Zo kan bewijs worden toegestaan in de zin van section 3 van de Civil Evidence Act 1972 wanneer er een 'recognised expertise governed by recognised standards and rules of conduct' bestaat die invloed kunnen hebben op de beslissing van de rechter over een van de hem voorgelegde kwesties.

---

92 *Loveridge v Healey* [2004] EWCA Civ 173 [2004] C.P. Rep. 30, no. 29.

93 CPR rule 14.1(1); zie ook *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 34.27-34.33.

94 Zie daarvoor paragraaf 4.3.3.

95 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 54.4.

96 *Midland Bank Trust Co. Ltd. v Hett, Stubbs & Kemp* [1979] Ch 384.

97 *Midland Bank Trust Co. Ltd. v Hett, Stubbs & Kemp* [1979] Ch 384, op p. 402 (per Oliver J.)

98 *Midland Bank Trust Co. Ltd. v Hett, Stubbs & Kemp* [1979] Ch 384, op p. 402 (per Oliver J.)

99 *Bown v Gold & Swayne* [1996] P.N.L.R. 130, op p. 133-135 (per Simon Brown L.J.).

100 *Barings Plc (In Liquidation) v Coopers & Lybrand (No. 2); Barings Futures (Singapore) Pte Ltd (In Liquidation) v Mattar (No. 2)* [2001] P.N.L.R. 22

De deskundige moet voldoende familiair zijn met en kennis hebben van die expertise om zijn opvatting van waarde te laten zijn. Verder stelt Evans-Lombe J. dat:

> '[e]vidence meeting this test can still be excluded by the Court if the Court takes the view that calling it will not be helpful to the Court in resolving any issue in the case justly. Such evidence will not be helpful where the issue to be decided is one of law or is otherwise one on which the Court is able to come to a fully informed decision without hearing such evidence.'

De reden voor het niet toestaan van een deskundigenbewijs over vragen van Engels recht is dus voornamelijk te vinden in de ratio dat de rechter met dat recht bekend is en het rapport van de deskundige geen toevoegde waarde heeft. Naar dit oordeel van Evans-Lombe is ook verwezen door Maurice Kay L.J. van de Court of Appeal, in een concurring opinion in de zaak *esure Insurance Ltd v Direct Line Insurance plc*.[101] Aangenomen kan worden dat deskundigenbewijs over het Engelse recht zelf niet als 'admissible evidence' in de zin van art. 3 Civil Evidence Act 1972 zal worden beschouwd.

4.2.4 Internationaal en supranationaal recht

191 Dualistisch systeem en Unierecht

Omdat het Verenigd Koninkrijk een zogenaamd 'dualistisch systeem' [102] kent wanneer het gaat om de werking van verdragen, kan de Engelse rechter daarvan slechts 'judicial notice' nemen voor zover een verdrag is omgezet in een 'Act of Parliament'. Het sluiten en opzeggen van verdragen is het prerogatief van de Kroon, maar, aangezien de Kroon niet de bevoegdheid heeft om de interne rechtsorde te wijzigen, heeft het de instemming van het parlement nodig om dergelijke wetten ook deel van de rechtsorde te laten uitmaken ('parliamentary sovereignty').[103]

Op die regel werd voorafgaand aan de Brexit echter een uitzondering gemaakt voor zover het gaat om recht van EU-origine. In section 3 van de *European Communities Act 1972*,[104] getiteld '*Decisions on, and proof of, Treaties and EU Instruments*', wordt bepaald dat de rechter in een aantal gevallen '*judicial notice*' kan nemen van het recht van de Europese Unie. Het gaat om de Verdragen, het Publicatieblad, en elke beslissing, uitdrukking of opinie van het Europese Hof. Verder kan het Publicatieblad dienen als bewijs van elk instrument of andere 'act' die daarin wordt medegedeeld door de EU of elke instelling van de EU:[105]

---

101 *esure Insurance Ltd v Direct Line Insurance plc* [2009] Bus LR 348, p. 463, no. 79-82.

102 Zie, recentelijk, *Regina (Miller and another)v Secretary of State for Exiting the European Union (Birnie and other intervening); In re McCord (Lord Advocaten and others intervening); In re Agnew and another (Lord Advocate and others intervening)* [2017] UKSC 5; [2017] 2 W.L.R. 583; [2018] A.C. 61, no. 55.

103 Zie, recentelijk, *Regina (Miller and another)v Secretary of State for Exiting the European Union (Birnie and other intervening); In re McCord (Lord Advocaten and others intervening); In re Agnew and another (Lord Advocate and others intervening)* [2017] UKSC 5; [2017] 2 W.L.R. 583; [2018] A.C. 61, o.a. no. 20 e.v., 32 en 55.

104 European Communities Act 1972, C. 68 (17 oktober 1972).

105 Section 3(1).

> '(2) Judicial notice shall be taken of the Treaties, of the Official Journal of the European Union and of any decision of, or expression of opinion by, the European Court on any such question as aforesaid; and the Official Journal shall be admissible as evidence of any instrument or other act thereby communicated of the EU or of any EU institution.'

Deze bepaling geldt volgens section 3(1) voor elke vraag over de betekenis of het effect van elk van de Verdragen of over de geldigheid, betekenis of het effect van elk van de EU instrumenten in elke juridische procedure. In *sections* 3(3) en 3(4) van dezelfde Act worden verder regels gegeven voor de wijze waarop het bewijs van het Publicatieblad – althans, de daarin opgenomen instrumenten en andere 'acts' – moet plaatsvinden.

4.2.5 Hogere instanties: appeals

192 Karakter appelprocedure: beperkte toetsing

Zoals in het voorgaande is aangegeven, is in het Engelse procesrecht voornamelijk de *trial stage* van belang. Tijdens de *trial* kunnen immers bewijshandelingen worden verricht, zoals getuigenverhoren en het horen van deskundigen. Om die reden is de taak van de appelrechter in het Engelse procesrecht beperkt, en bestaat deze slechts uit een 'review' van de beslissing van de lagere rechter.[106] De gronden voor hoger beroep zijn dat de beslissing van de lagere rechter onjuist ('wrong') is of dat deze onrechtvaardig ('unjust') is vanwege een serieuze (procedurele) onregelmatigheid ('serious procedural or other irregularity').[107]

De beperkte taakopvatting van appelrechters brengt mee dat partijen de zaak in beginsel niet opnieuw aan de appelrechter kunnen voorleggen, althans niet in volle omvang. Om die reden zullen partijen de relevante geschilpunten reeds in de procesgang voor de lagere rechter aan de orde moeten brengen. De vaststelling van de feiten geschiedt voornamelijk in het kader van de 'trial'; in hoger beroep wordt uitgegaan van de feitenvaststelling zoals deze in lagere instanties heeft plaatsgevonden. Een beroep op nieuwe feiten in hoger beroep zal niet gauw mogelijk zijn.[108]

193 Nieuwe rechtsgronden in appel?

Het is een andere vraag of partijen in hoger beroep nieuwe rechtsgronden ('points of law') mogen aanvoeren. Het is niet onmogelijk dergelijke stellingen aan te voeren, maar appelrechters zullen dit slechts met terughoudendheid toestaan.[109] Dit hangt samen met het gegeven dat het opwerpen van nieuwe rechtsvragen in hogere instanties vaak nauw is verweven met de vaststaande feiten. Deze feiten moeten in

---

106 CPR r. 52.11(1); CPR *Blackstone's Civil Practice*, 2015, no. 75.5. Wel zijn er bepaalde uitzonderingen, die een *rehearing* mogelijk maken. Dit kan zijn wanneer een *Practice Direction* anders bepaalt voor een bijzondere categorie van hoger beroep of wanneer de rechter in een voorkomend geval beslist dat het in het belang van '*justice*' is om een *rehearing* te houden.

107 CPR, r. 52.11(3); *Blackstone's Civil Practice*, 2015, no. 75.6

108 Zie *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 75.9.

109 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 75.13.

beginsel tijdens de fase van 'trial' worden bewezen, welke fase daarvoor speciaal is ingericht. Om die reden kunnen nieuwe rechtsgronden slechts worden aangevoerd wanneer deze gebaseerd kunnen worden op feiten die al zijn vastgesteld. Een illustratieve casus betreft die van *North Staffordshire Railway Company v. Edge*.[110]

> Dat betrof een vervoersrechtelijke zaak over een spoorwegmaatschappij die de tarieven van het vervoer van steenkool over het spoor had verhoogd. Vanwege deze verhoging had een aantal eigenaars van kolenmijnen een procedure aanhangig gemaakt, naar aanleiding waarvan een overeenkomst met hen werd gesloten, inhoudende dat de verhoging niet betaald behoefde te worden indien vanaf 1916 een verhoogd tarief zou worden betaald. Een handelaar die geen partij bij die overeenkomst was, werd wel door de spoorwegmaatschappij aangesproken. Het verweer dat een verhoging van het tarief in strijd was met section 90 van de *Railways Clauses Act 1845*,[111] dat voorschreef dat dergelijke '*tolls*' op een gelijke manier moeten worden geheven, werd door de rechter in eerste aanleg gegrond gevonden. Eerst in appel, voor de Court of Appeal, had de spoorwegmaatschappij aangevoerd dat de litigieuze section 90 niet van toepassing was op de soort vordering die in casu aan de orde was. De Court of Appeal wees dit af, omdat er geen bewijs voorhanden was van de feiten die voor een dergelijke stelling noodzakelijk waren.[112]

In de procedure voor de House of Lords werd uitvoerig de vraag besproken in hoeverre een 'point of law' dat tijdens de fase van 'trial' niet aan de orde gekomen is – omdat het in de 'pleadings' noch in de 'arguments' was opgenomen – in hoger beroep nog kan worden behandeld. Alle betrokken Law Lords waren van mening dat het beroep niet kon slagen en het oordeel van de Court of Appeal moest worden bevestigd. De Lords oordeelden dat een nieuwe juridische stelling niet kan worden behandeld wanneer de daarvoor benodigde feiten omstreden waren of althans niet door het geleverde bewijs waren bevestigd. Weliswaar is het mogelijk dat een nieuw punt wordt aangevoerd, wanneer het een zodanig eenvoudige rechtsvraag ('simple point of law') betreft dat de wederpartij geen nadeel ('possible prejudice') zou ervaren wanneer de discussie daarover pas in appel zou worden gevoerd. Lord Birkenhead ging daarbij wat nader in op de ratio die daaraan ten grondslag ligt:[113]

> 'But I desire to draw attention to a consideration which in my view is both more general and more important. The appellate system in this country is conducted in relation to certain well-known principles and by familiar methods. The issues of fact and law are orally presented by counsel. In the course of the argument it is the invariable practice of appellate tribunals to require that the judgments of the judges in the Courts below shall be read. The efficiency and authority of a Court of Appeal, and especially of a final Court of Appeal, are increased and strengthened by the opinions of learned judges who have considered these matters below.'

---

110 *North Staffordshire Railway Company v. Edge* [1920] A.C. 254 (HL).

111 1845 (8& 9 Vict.) c. 20.

112 *North Staffordshire Railway Company v. Edge* [1919] 1 K.B. 367, p. 374 (per Bankes L.J.): 'Neither point appears to have been insisted upon in the Court below, and it is sufficient to say with regard to both points that the evidence necessary to enable either point to be taken successfully is not before the Court. I therefore express no opinion on these questions of law which Mr. Macmorran suggested.'

113 *North Staffordshire Railway Company v. Edge* [1920] A.C. 254 (HL), p. 263-264.

Het komt de kwaliteit van de appelrechtspraak dus ten goede wanneer de rechters in hoger beroep zich kunnen baseren op uitspraken van lagere rechters.

De beperkte mogelijkheid om in appel nog een nieuwe rechtsgrond naar voren te brengen, is ook recentelijk door de Court of Appeal bevestigd.[114] Slechts in uitzonderlijke omstandigheden kan de appelrechter van zijn discretionaire bevoegdheid gebruik maken om een nieuwe rechtsgrond in appel toe te staan. Omstandigheden die niet voldoende zijn, zijn het gebrek aan vaardigheden en ervaring van de betrokken partij of diens 'counsel'.[115]

Hoewel er in appel maar beperkte mogelijkheden voor de applicant zijn om nog nieuwe gronden aan te voeren, , lijkt dit anders te liggen voor de respondent. Het is de laatste toegestaan om in een 'respondent notice' argumenten aan te voeren die ertoe strekken het lagere oordeel te doen aanvullen met een nieuwe rechtsgrond die in eerste aanleg niet aan de orde is gekomen ('not argued').[116] De Court of Appeal oordeelde namelijk dat de rol van een respondent anders is dan die van een applicant, aangezien de respondent tegen zijn zin in een appelprocedure wordt betrokken en niet valt in te zien waarom hij zich geen punt ter ondersteuning van het lagere oordeel zou mogen aanvoeren.

4.3 De toepassing van conflicten- en buitenlands recht: pleading and proof

194 Uitgangspunt: vreemd recht als feit

De meest wezenlijke eigenschap van het Engelse burgerlijk procesrecht is dat het buitenlandse recht wordt gezien als een feit, dat door partijen gesteld en bewezen moet worden. Dit uitgangspunt is wel bekend als de zogeheten 'fact doctrine'.[117] Door de kwalificatie als 'feit' komt de focus meer te liggen op de status van het buitenlandse recht zelf dan op de status van de conflictregel. Wanneer partijen immers besluiten zich niet op het buitenlandse recht te beroepen, blijft de conflictregel in beginsel buiten toepassing en komt het probleem van de vaststelling van internationale elementen in beginsel niet aan bod.[118]

---

114 Zie *Jones v. Governing Body of Burdett Coutts School* [1999] I.C.R. 38, p. 43 (per Robert Walker L.J.), en de aldaar aangehaalde jurisprudentie. Overigens betrof dit eigenlijk een arbeidsrechtelijke zaak (een appel tegen het oordeel van het Employment Appeal Tribunal), maar het beginsel heeft blijkens de uitspraak een bredere reikwijdte. Voor niet specifieke arbeidsrechtelijke zaken wordt verwezen naar *Wilson and Others v. Liverpool Corporation* [1971] 1 W.L.R. 302 en *Thomas v Marconi's Wireless Telegraph Co. Ltd.* [1965] 1 W.L.R. 850.

115 Zie *Jones v. Governing Body of Burdett Coutts School* [1999] I.C.R. 38, p. 43 (per Robert Walker L.J.), onder verwijzing naar *Kumchyk v. Derby City Council* [1978] I.C.R. 1116. Beide gevallen betroffen arbeidsrechtelijke zaken voor de Employment Appeals Tribunal, zodat het de vraag is dit ook voor andersooritge procedures geldt.

116 *Thomas v Marconi's Wireless Telegraph Co. Ltd.* [1965] 1 W.L.R. 850, op p. 852-853 (per Willmer L.J.).

117 R. Fentiman, 'Foreign Law in English Courts', *LQR* 1992, p. 142-156, p. 143.

118 Zo ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 48 en 78; Sychold, 'United Kingdom', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 508-509.

4.3.1 Introductie van buitenlands recht: pleading

195 Verantwoordelijkheid van de partijen

In het Engelse systeem wordt buitenlands recht gezien als feit. Dit gegeven heeft gevolgen voor de vraag, welke van de betrokkenen in een civiele procedure – rechter of partijen – de verantwoordelijkheid draagt voor vaststelling welk recht van toepassing is. Dit wordt ook wel aangeduid met de 'introductie' van vreemd recht.[119] Partijen worden namelijk niet alleen geacht het buitenlands recht als een feit te bewijzen, maar ook om dit recht in de procedure aan te voeren.

Het inroepen van buitenlands recht in de civiele procedure geschiedt vrijwillig, het zogenaamde '*voluntary pleading*'.[120] Partijen mogen zelf bepalen in hoeverre zij een beroep doen op buitenlands recht. Dit heeft te maken met de van oudsher sterke positie van de partijautonomie in het Engelse burgerlijk proces.[121] Voorts heeft de CPR 1998 als '*overriding objective*' dat de rechter in staat wordt gesteld om op een rechtvaardige wijze met zaken om te gaan ('*to deal with cases justly*'). Dit betekent onder meer dat wordt omgegaan met zaken op een wijze die in verhouding staat tot de waarde van de zaak ('*amount of money involved*'), het belang van de zaak ('*the importance of the case*'), de complexiteit van de zaak ('*the complexity of the issues*'), en met de financiële positie van elk der partijen ('*the financial position of each party*')[122] Ook moet op voortvarende en billijke wijze ('*expeditiously and fairly*') met deze zaken worden omgegaan.[123] Partijen moeten dus de mogelijkheid hebben om te voorkomen dat een zaak onnodig complex of langdurig wordt. Dit kunnen zij bereiken door te besluiten geen beroep op buitenlands recht te doen en de zaak naar Engels recht beoordeeld te laten worden.

Het beroep op de toepasselijkheid van buitenlands recht moet worden gedaan in de zogenaamde '*particulars of claim*'. De CPR kent daartoe geen uitdrukkelijke bepaling, hetgeen wel het geval was in diens voorganger.[124] Desondanks wordt wel aangenomen dat dit vereiste in CPR 16.4(1)(a) moet worden gelezen.[125] Zo oordeelde de Chancery Division van de High Court of Justice in *Global Multimedia International Limited v ARA Media Services*.[126] Het zou anders in strijd zijn met het doel van CPR 16.4(1)(a) en de 'overriding objective' van de CPR wanneer dit niet

119 Zie Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 41-91, no. 2.01-2.129.

120 Crawford & Carruthers, 'United Kingdom', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 393-394, die zelfs menen dat dit als een '*fraudem legis*' wordt gezien.

121 Crawford & Carruthers, 'United Kingdom', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 393-394.

122 CPR rule 1.1.(2)(c).

123 CPR rule 1.1.(2)(d).

124 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 24.17, meent dat dit onder het regime van de voorganger van de CPR, nl. RSC, Order 18, para. 8(1)(b), anders was. De betrokken regel schreef echter alleen voor dat die zaken in de pleadings moeten worden opgenomen, die anders de wederpartij kan overvallen. Er werd geen uitdrukkelijke verwijzing naar vreemd recht gemaakt.

125 Zie *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 24.17.

126 *Global Multimedia International Limited v ARA Media Services, Middle East Broadcasting Centre, Assad Abu Aljadail, Mamdouh Abougabal, Hamdi Al Serafi, Mazen Makki, Antoine Elias Khoury, Global Media* (UK) Limited 2006 WL 2049702; [2006] EWHC 3612 (Ch).

wordt gedaan, omdat de wederpartij anders kan worden verrast door de toepasselijkheid van vreemd recht.[127]

196 Mandatory pleading?

Fentiman heeft de vraag opgeworpen, in hoeverre in sommige gevallen sprake kan zijn van een verplichting tot '*mandatory pleading*', volgens welke partijen dus gehouden zijn om zich op het buitenlandse recht te beroepen. Naar zijn mening kan dat worden vereist door de aanwezigheid van Europese rechtsinstrumenten als het EVO, welke bepalingen inzake het op arbeids- of consumentenovereenkomsten toepasselijke recht wellicht tot de conclusie kunnen leiden dat de regels van '*voluntary pleading*' daarmee strijdig zijn.[128] Er zijn echter geen '*authorities*' die een dergelijke opvatting bevestigen; eerder lijkt het tegenovergestelde het geval te zijn. In *OPO v. MLA* oordeelde de Court of Appeal bij monde van Arden LJ immers dat de Engelse wijze waarop buitenlands recht in het burgerlijk geding worden behandeld deel uitmaakt van aspecten van het Engelse bewijsrecht (zoals bewijslast, bewijsvermoedens, bewijsmiddelen, en bewijswaardering), zodat die positie door de in die zaak toepasselijke Rome II-Verordening niet zou worden aangetast.[129] Ook in de Engelse literatuur wordt aangenomen dat het Europese karakter van een internationaal rechtsinstrument geen invloed heeft op de wijze waarop buitenlands recht in het burgerlijke proces wordt behandeld.[130] De praktijk van '*voluntary pleading*' lijkt (vooralsnog) niet te zijn aangetast door deze ontwikkelingen.

In weerwil van de zogeheten 'voluntary pleading', lijkt de Court of Appeal het vereiste op grond waarvan een beroep op vreemd recht uitdrukkelijk moet worden gedaan enigszins te verzachten. In de zaak *Belhaj v. Straw*[131] werd ook geen uitdrukkelijk beroep gedaan op de toepasselijke, vreemde rechtsstelsels. De eisers hadden daarover in appel geklaagd, met als argument dat de rechter slechts bewijs van vreemd recht van een partij kan verlangen voor zover zij zich had beroepen op het gegeven dat het vreemde recht verschilt van het Engelse. Een andersluidende opvatting zou inhouden dat de eisers verplicht zouden zijn om de kosten, de moeite en de vertraging te doorstaan die met het deskundigenbewijs gepaard gaan. Ook zou het beroep op vreemd recht pas gedaan kunnen worden, als de feiten al waren vastgesteld en niet, zoals in dit geval, in de fase van de 'pleadings'. De Court of Appeal ging daarin niet mee, omdat de eisers hun vordering hadden gebaseerd op het vermeende onrechtmatige handelen van gedaagde in het buitenland, zoals in de 'particulars of claim' vermeld, zodat de rechter daarin kon lezen dat een beroep op vreemd recht werd gedaan. Het vreemde recht was, als een feitelijk gegeven, deel van de 'material facts', waarvoor de eisers bewijs moesten aandragen. Een beroep op

127 *Global Multimedia International Limited v ARA Media Services, Middle East Broadcasting Centre, Assad Abu Aljadail, Mamdouh Abougabal, Hamdi Al Serafi, Mazen Makki, Antoine Elias Khoury, Global Media* (UK) Limited 2006 WL 2049702; [2006] EWHC 3612 (Ch) (per Chancellor Morritt), no. 38.

128 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 80-97.

129 *OPO v MLA* [2015] E.M.L.R. 4 [2014] EWCA Civ 1277 [2014] H.R.L.R. 31, no. 108 (per Arden LJ).

130 Dicey & Morris 2012, p. 322-323.

131 *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394.

de zogenaamde 'presumption of similarity' zou kunstmatig zijn.[132] Hieruit blijkt dat een beroep op de toepasselijkheid van vreemd recht ook inherent met de stellingen van de eiser of verweerder verbonden kan zijn. Het is niet noodzakelijk dat eerst de feiten vastgesteld worden, voordat een beroep op vreemd recht kan worden gedaan, zoals gesteld was door de eiser. Uit dit arrest kan worden afgeleid dat de rechter een bepaalde vrijheid heeft om te oordelen dat een partij zich daadwerkelijk op vreemd recht heeft beroepen.[133]

Er is wel betoogd dat op grond van de British Law Ascertainment Act 1859,[134] dat de rechter in staat stelt om informatie te verkrijgen over het recht van andere stelsels binnen de koloniën of de Commonwealth, 'mandatory pleading' vereist kan zijn, maar schrijvers waarschuwen voor een al te ruime interpretatie van die wet.[135]

4.3.2 Conflictenrechtelijk relevante feiten ('foreign elements')

197 Hoofregel voor feitenvaststelling

Naast de processuele status van de conflictregel is het ook van belang om te bezien hoe de voor de toepassing van de conflictregel benodigde feiten moeten worden behandeld, de zogenaamde *foreign elements*. Deze elementen bestaan uit de feiten die, al dan niet tezamen, het aanknopingspunt vormen dat wordt gehanteerd om het toepasselijke recht aan te wijzen. Vooropgesteld kan worden dat, net zoals bij andere feiten het geval is, het aan de procespartijen is om de internationale elementen te bewijzen die nodig zijn om de toepasselijkheid van een buitenlands rechtstelsel te bepalen.[136] Dit wekt overigens geen verbazing, aangezien zelfs de inhoud en de strekking van het buitenlandse recht zelf door partijen als een feit moet worden gesteld en bewezen. Het is dan ook logisch dat de vaststelling voor de rechtsaanwijzing benodigde feiten eveneens onder de verantwoordelijkheid van de partijen valt. Daarbij komt dat het Engelse procesrecht in sterke mate door het *adversarial principle* wordt beheerst[137] en rechters oorspronkelijk relatief weinig instructiebevoegdheden hebben.[138] De voor het toepasselijke recht noodzakelijke feitencomplex zal in de 'statement of case' genoemd moeten worden conform de algemene regels voor het stellen van feiten.[139]

Het is wel de vraag of een en ander inmiddels niet is veranderd met de inwerkingtreding van de CPR 1998. Daarbij is immers het zogenaamde *case mana-*

---

132 *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, no. 149-158. De Court of Appeal onderscheidde het geval van de beslissingen in *PT Pan Indonesia* en *Sharp v Ministry of Defence*.

133 Zie ook Fentiman 1998, p. 138, die meende dat het niet ondenkbaar is dat Engelse rechters onder omstandigheden een discretionaire vrijheid hebben om in bepaalde gevallen bewijs van vreemd recht te eisen.

134 Zie paragraaf 4.4.1.

135 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 134-135.

136 Zie Sychold, 'United Kingdom', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 508-509.

137 Zo ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 48.

138 Zie ook Jolowicz, in: *Multum non multa* 1980, p. 90, die de vergelijking trekt met Franse rechters.

139 CPR rule 16.4(1)(a). Zo ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 78.

gement deel van het Engelse procesrecht gaan uitmaken, op grond waarvan de rechter partijen mag vragen om aanvullende informatie te overleggen over zaken die in geschil zijn of daarmee samenhangen, ongeacht of partijen dit in hun statement of case hebben opgenomen.[140] Het valt echter aan te nemen dat de rechter niet geneigd is uit eigen beweging de aanknopingspunten met een andere staat aan de orde te brengen wanneer partijen dat niet wensen. Eén van de uitgangspunten van de CPR is immers om de duur van procedures te bespoedigen;[141] een als 'onnodig' beschouwd onderzoek naar vreemd recht kan daaraan in de weg staan.[142] Bovendien is de bevoegdheid van de rechter om nadere inlichtingen te vragen, onderworpen aan elke andersluidende rechtsregel.[143] Het is dan ook de vraag of de regel van *voluntary pleading* niet als een dergelijke rechtsregel kan worden beschouwd.

198 Bewijslast en bewijswaardering; domicile

Aangezien de feiten die voor de rechtsaanwijzing relevant zijn door bewijs moeten worden vastgesteld, komt het aan op de vraag naar de bewijslast en de bewijswaardering. Van belang voor de beantwoording van welke feiten – en daarmee ook: welke aanknopingsfactoren –een rol spelen. Voor een deel zullen dit de aanknopingspunten zijn die ook in Europese instrumenten van conflictenrecht worden gehanteerd.[144] Het Engelse internationaal privaatrecht kent van oudsher echter een voor dat recht vrij specifieke aanknopingsfactor, namelijk de *domicile*. De bijzondere aard van deze aanknopingsfactor, en de uitgebreide rechtspraak daarover, rechtvaardigt een afzonderlijke bespreking.

Bij de vaststelling van het aanknopingspunt *domicile* moet in het oog worden gehouden dat dit concept er in beginsel van uit gaat dat elke persoon vanaf de geboorte een '*domicile of origin*' heeft; deze wordt echter 'verlaten' wanneer een justitiabele een '*domicile of choice*' heeft verkregen.[145] Wanneer de gekozen '*domicile*' dus niet kan worden vastgesteld, 'herleeft' van rechtswege de 'domicile of origin', zodat niemand dus zonder 'domicile' kan zijn.[146]

In vele gevallen die voor de Engelse rechter komen, zal het er in wezen om gaan dat de ene partij een 'nieuwe' domicile of origin meent te hebben, terwijl de andere partij van mening is dat de 'oude' domicile of origin niet is verlaten. De bewijslast rust op degene die stelt dat de *domicile* is gewijzigd.[147] Twee belangrijke elementen moeten daarbij worden aangetoond: ten eerste het verblijf ('*residence*') op het gebied van het andere land, ten tweede (en niet onbelangrijk) de intentie om de *domicile*

140 CPR rule 18.1(1).
141 Zie paragraaf 4.2.1.
142 Zo ook Sychold, 'United Kingdom', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 508-509.
143 CPR rule 18.1(2).
144 Het zal afhangen van de uitkomst van de Brexit-onderhandelingen, in hoeverre en vooral in welke vorm deze regelingen ook in de toekomst zullen blijven bestaan.
145 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 146.
146 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 147. *Munro v. Munro* (1840) 7 Cl. & Fin. 842, op p. 876, herdruk opgenomen in 7 E.R. 1288.
147 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 161.

naar het grondgebied van dat land te verplaatsen.[148] Een bijzonderheid is het dat de bewijslast schijnt te variëren al naar gelang de aard van de oorspronkelijke *domicile* of de plaats waar gekozen *domicile* is gelegen. Zo wordt aangenomen dat het eenvoudiger is om een nieuwe *domicile* aan te tonen, wanneer deze is verplaatst naar een ander land onder dezelfde soeverein, zoals van Engeland naar Schotland, dan naar een vreemde staat.[149] Het leven als vreemdeling in een ander land wordt als minder aantrekkelijk gezien, zodat de intentie van een wijziging niet snel wordt aangenomen. Ook is het minder eenvoudig om aan te tonen dat een *domicile of origin* is verlaten.[150]

De bewijsstandaard is, anders dan bij andere feiten, vrij hoog.[151] De intentie is een feit[152] – en geen 'question of law' – en het bewijs daarvan moet 'clearly and unequivocally' geleverd worden.[153] Het vereiste van 'residence' houdt in dat sprake moet zijn van fysieke aanwezigheid op het grondgebied van het land waar de domicile beweerdelijk is gelegen; uit deze 'residence' kan een mogelijk intentie worden afgeleid ('*inference*').[154] Het komt er op neer dat alle mogelijke omstandigheden en uitlatingen van de betrokken persoon – zelfs bewijs *de auditu* – in aanmerkingen genomen kunnen worden om de intentie vast te stellen.[155] Wanneer de *domicile of choice* niet kan worden bewezen, betekent dit dat de *domicile of origin* weer herleeft, met alle conflictenrechtelijke consequenties die daaraan zijn verbonden.

4.3.3 De toepassing van buitenlands recht

199 Geen judicial notice

Zoals gezegd is het buitenlands recht een feit, dat op overeenkomstige wijze moet worden gesteld en bewezen. Het is dan ook een algemeen principe van Engels recht dat de rechter geen '*judicial notice*' mag nemen van buitenlands recht. De procespartijen dragen in beginsel de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van het buitenlands recht. Daarbij doet zich een aantal problemen voor. Op wie rust immers de bewijslast van het vreemde recht? Op welke wijzen kan de inhoud van het buitenlandse recht worden bewezen? En hoe wordt het bewijs gewaardeerd? In deze subparagraaf zullen slechts de eerste en de laatste vraag aan de orde komen.[156]

---

148 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 146, 148-157; *Munro v. Munro* (1840) 7 Cl. & Fin. 842, op p. 876, herdruk opgenomen in 7 E.R. 128.

149 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 161.

150 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 161.

151 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 49.44.

152 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 149; *Mark v. Mark* [2005] UKHL 42.

153 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 49.44; *Moorhouse v. Lord* (1863) 10 HL Cas 272, p. 236; *Re Fuld's Estate (No. 3)* [1968] P. 675, op p. 685.

154 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 149.

155 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 155, en de daar aangehaalde jurisprudentie.

156 De tweede vraag zal in paragraaf 4.4.1. aan de orde komen.

200 Bewijslastverdeling

De bewijslast ('*onus of proof*') van de inhoud van het vreemd recht ligt op degene die zich op het buitenlands recht beroept om zijn vordering of verweer te staven.[157] Dit uitgangspunt wordt soms ook wel geformuleerd in die zin, dat de bewijslast ligt op degene die stelt dat het buitenlandse recht verschilt van het Engelse recht.[158] Dit hangt samen met de zogeheten '*presumption of similarity*'.[159] Wanneer de partij die zich op buitenlands recht beroept, niet in het bewijs ervan slaagt, komt deze last niet op haar wederpartij te liggen. In dat geval hoeft de wederpartij de inhoud van het buitenlandse recht dus niet te bewijzen.[160]

Soms wordt evenwel een andere positie in de rechtspraak ingenomen, en wordt de bewijslast juist op de eiser gelegd. Zo hadden in *Belhaj v Straw*[161] de eisers geen (uitdrukkelijk) beroep op het buitenlandse recht gedaan – het waren juist de gedaagden die stelden dat de vordering naar vreemd recht beoordeeld moest worden – terwijl de bewijslast toch op hen kwam te rusten. In appel kwamen zij tegen dat oordeel op, en voerden aan dat totdat de feiten daadwerkelijk waren vastgesteld, de zaak moest worden behandeld onder toepassing van de 'presumption'. Met de 'order' van de lagere rechter zouden de eisers onnodig veel tijd, kosten en moeite moeten incasseren om hun vordering toegewezen te zijn.

De Court of Appeal was het daarmee oneens. De tijdige afdoening van het geschil door aan te sluiten bij de conflictregel, ook al is dat slechts op basis van de feiten in de pleadings, zou niet moeten wijken voor een beroep op de bewijsrechtelijke 'presumption' op zuiver tactische gronden. Uit de stellingen van de eisers in de 'particulars of claim' was gebleken dat zij zich hadden beroepen op onwettige handelingen in de betrokken vreemde staten. Indien de bewijslast daarentegen op de gedaagden zou komen te liggen, zou dit betekenen dat deze moeten bewijzen wat de rechtsregels van die vreemde staten inzake de aanhouding, detentie en uitzetting van immigranten zijn en zouden zij moeten aangeven waarin deze van Engels recht verschillen. Eerst dan zou bepaald kunnen of eigen of vreemd recht van toepassing is, een redenering waarin de Court of Appeal de eisers niet volgde. Toepassing van de 'presumption' zou in strijd zijn met de 'overriding objective' van de CPR. Voorts past

157 Dicey & Morris 2012, p. 332. *Dynamit AG v Rio Tinto Co* [1918] A.C. 260, op p. 295 en 301-302; *Guaranty Trust Co of New York v Hannay* [1918] 2 K.B. 623, op p. 655 (CA); *The King of Spain v Machado* (1827) 4 Russ 225, op p. 239; *Ascherberg, Hopwood, and Crew v Casa Musicale Sonzogno* [1971] 1 W.L.R. 173; *Glencore International AG v Metro Trading International Inc (No 2)* [2001] 1 Lloyd's Rep 284, no. 55; *PT Pan Indonesia Bank Ltd TBK v Marconi Communications International Ltd* [2005] EWCA Civ 422; *A/S Tallinna Laevauhisus v Estonian State Steamship Line* (1947) 80 Ll's Rep. 99, p. 107. Ook wordt in Engelse rechtspraak en literatuur vaak verwezen naar de rechtspraak van andere staten, zoals *Schapiro v Schapiro* [1904] T.S. 673, i.h.b. p. 677 (Zuid-Afrika); *Rodden v Whatlings* Ltd, 1961 S.C. 132 (Schots); *Kutchera v Buckingham International Holdings Ltd* [1988] IR 61, op p. 68 (Iers); *Kraus's Administrators v Sullivan* 1998 S.L.T. 963 (Schotland).

158 *Dynamit AG v Rio Tinto Co* [1918] A.C. 260, op 301-302; *Guaranty Trust Co of New York v Hannay* [1918] 2 K.B. 623, op p. 655 (CA); Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 116, no. 2.192. Zie ook Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 105-106.

159 Waarover meer in paragraaf 4.4.3.

160 *PT Pan Indonesia Bank Ltd. TBK v. Marconi Communications International Ltd.* [2005] EWCA Civ 422.

161 *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394.

het ook in de context van CPR Rule 16.4(1)(a), volgens welke de partijen de 'material facts' in hun pleadings moeten opnemen om hun vordering of verweer te laten slagen. De Court of Appeal herhaalde het oordeel in *Shaker v. Al-Bedrawi* en *Balmoral v. Borealis* dat de 'presumption' niet zonder uitzonderingen is, en dat het huidige geval, waarin de vraag naar het toepasselijke recht al in het feitencomplex aan de orde komt, daar een van is.[162] Hierdoor komt de bewijslast in dit soort zaken dus feitelijk bij de eisers in het geding te liggen, en niet zozeer bij de partij die zich op buitenlands recht beroept.

201 Bewijswaardering

Een andere vraag betreft die naar de 'bewijswaardering' en de rol van de rechter bij het beoordelen van het door partijen ingebrachte bewijs inzake vreemd recht. Aangenomen wordt dat buitenlands recht bewezen moet worden '*to the satisfaction of the judge*'.[163] Oorspronkelijk werden vragen van buitenlands recht beoordeeld door de jury. Dit is veranderd met de *Administration of Justice Act 1920*,[164] die in *section* 15 bepaalt dat elke vraag met betrekking tot het effect van bewijs inzake buitenlands recht aan de rechter zal worden voorgelegd ('*be decided by the judge alone*') in plaats van aan de jury. Deze wet is intussen opgevolgd door andere, speciale, wetten voor de *senior courts* en de *county courts*.[165]

De rechter heeft dus een passieve rol, namelijk in de zin dat hij afhankelijk is van de bewijslevering door partijen en zelf geen eigen onderzoek mag verrichten. Dit neemt niet weg dat hij wel de plicht heeft het bewijs van vreemd recht tot in detail te onderzoeken en te beslissen welke delen hij het meest overtuigend acht.[166] De rechter hoeft ook geen keuze te maken tussen het bewijs van de een of van de andere partij; hij kan onderdelen van het bewijs overtuigend achten en andere onderdelen niet, en daarmee tot eigen conclusies komen.[167] De rechter mag zich daarbij alleen maar baseren op het bewijs dat is geleverd. Voor zover, bijvoorbeeld, in een deskundigenbericht naar juridische teksten (wetten, jurisprudentie, handboeken, etc.) wordt verwezen, mag de rechter deze zelf naslaan, maar hij is niet bevoegd om verder te gaan dan dat. Zelfs wanneer een passage uit een handboek wordt aangehaald door de deskundige, mag de rechter van datzelfde handboek geen ander deel naslaan en gebruiken.[168]

---

162 *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, no. 149-160, i.h.b. no. 157.

163 Dicey, Morris & Collins 2012, p. 323. Zie ook Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 106.

164 *Administration of Justice Act* 1920 (10 and 11) Geo. 5 c. 81, s. 15.

165 Resp. *Senior Courts Act* 1981 ch. 54 s. 69(5), die voor de inwerkingtreding van de *Constitutional Reform Act 2005* bekend stond als de *Supreme Courts Act 1981*, en *County Courts Act 1984*, c. 28 s. 68. Volgens Dicey, Morris & Collins 2012, p. 323, noot 48, blijft voor de overige gerechten de bepaling van de *Administration of Justice Act 1920* van toepassing.

166 Sychold, 'United Kingdom', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 523.

167 Sychold, 'United Kingdom', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 523.

168 *Nelson v Bridport* (1845) 8 Beav. 527, op p. 542.

202 Bewijslevering door *expert evidence*

Het bewijs van de inhoud van het buitenlandse recht moet in beginsel plaatsvinden aan de hand van deskundigenbewijs ('*expert evidence*'). De inwerkingtreding van de CPR 1998 heeft in dat opzicht een verandering teweeggebracht. Oorspronkelijk kende het Engelse recht een sterk mondelinge traditie van bewijslevering door deskundigen. Zij werden normaliter mondeling ondervraagd en konden aan een kruisverhoor ('*cross examination*') worden onderworpen. Ook was het in de eerste plaats aan partijen om uit eigen beweging een '*party appointed expert*' naar voren te brengen, welke ook door partijen werd geïnstrueerd.[169] Op deze situatie is kritiek geuit, omdat het kostbaar en tijdrovend was, en het deskundigenbewijs als partijdig aangemerkt kon worden. [170]

Om die reden heeft de CPR 1998 verandering gebracht in de wijze waarop deskundigenbewijs geleverd moet worden. Deskundigenbewijs moet volgens de CPR 1998 worden beperkt tot die gevallen waarin het redelijkerwijs vereist is voor de beslechting van het geschil ('*reasonably required to resolve the proceedings*').[171] In het licht daarvan dienen partijen eerst aan de rechter toestemming te vragen om deskundigen op te roepen ('*to call an expert*') of een deskundigenbericht in het geding te brengen.[172] Dit laatste is niet anders wanneer vreemd recht moet worden bewezen, ook al is dat een '(…) an atypical species of the genus (…)'.[173] In sommige gevallen hebben rechters het verzoek om toestemming te krijgen voor het leveren van deskundigenbewijs dan ook afgewezen.[174] Een ander aspect is de uitdrukkelijke bepaling dat deskundigen verplicht zijn om de rechter te helpen, ongeacht hun verplichtingen ten opzichte van degenen door wie ze betaald of geïnstrueerd worden.[175] Ook zal deskundigenbewijs in beginsel schriftelijk geleverd moeten worden, tenzij de rechter anders bepaalt.[176]

Wanneer twee partijen deskundigenbewijs willen leveren, is de rechter bevoegd een zogenaamde '*single joint expert*' te benoemen die door beide partijen is aangewezen.[177] In het geval van het bewijs van de inhoud van buitenlands recht wordt het instituut van de 'single joint expert' minder geschikt geacht,[178] omdat er vaak verschillende opvattingen over dat recht bestaan en het wenselijker kan zijn

---

169 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 54.19, 54..24 e.v.

170 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 131.

171 CPR Rule 35.1.

172 CPR Rule 35.4.(1). Zie ook CPR Rule 27.5.

173 *Crowther v Rayment* [2015] EWHC 427 (Ch.), in no. 3 per Andrew Smith J., onder verwijzing naar section 4(1) van de *Civil Evidence Act 1972* en Dicey, Morris & Collins 2012, no. 9-013.

174 Zie *Rochester Resources Ltd v Lebedev* [2014] EWHC 2185 (Comm), in no. 28, waarin een verzoek tot toestemming tot bewijslevering van het recht van New York werd afgewezen. Blair J. oordeelde dat het recht van New York op zichzelf wel relevant was, maar in een Engelse procedure de vraag of een bewijsstuk als 'privileged' moet worden gezien, naar Engels recht moet worden beoordeeld. Het onderdeel van het recht van New York dat wel relevant was daarentegen niet in dispuut.

175 CPR Rule 35.3.(1) en (2).

176 CPR Rule 35.5(1).

177 CPR Rule 35.7.(1).

178 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 174-1775; Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 134, no. 2.244.

om die met elkaar te contrasteren.[179] Niettemin is in voorkomende gevallen wel een 'single joint expert' benoemd om over de inhoud van het buitenlandse recht te rapporteren. Een voorbeeld is *Re Casterbridge Properties Ltd (Application to Rescind); Bryan Jeeves v The Official Receiver.*[180] In deze zaak betrof het de insolventie van een vennootschap op St. Vincent en de Grenadines, welke werd geliquideerd vanwege betrokkenheid bij timesharefraude. De betrokken controller van een als bestuurder optredende vennootschap voerde aan dat hij geen informatie aan de *liquidator* kon geven, aangezien dat naar het recht van St. Vincent en de Grenadines niet toegestaan was. Om die reden beval de rechter een opinie van een *single joint expert* over dat recht. Interessant is dat de rechter oordeelde dat het de raadsman van een van de partijen niet vrijstond om op het rapport van een *single joint expert* inhoudelijk kritiek te hebben, omdat de kwestie van vreemd recht een feitelijke aangelegenheid is.

Een ander interessant voorbeeld betreft het oordeel van de *House of Lords* in de kinderontvoeringszaak *Re D (A Child)(Abduction: Rigths of Custody*)[181] over de kwestie of de betreffende ouder het gezag over het kind had toen dit vanuit Roemenië werd meegenomen naar het Verenigd Koninkrijk. De rechter werd geconfronteerd met tegenstrijdig deskundigenbewijs over de kwestie, of de vader naar Roemeens recht gezag had. Om die reden vroeg de rechter een oordeel van de Roemeense rechter volgens art. 15 HKOV. Nadat uiteindelijk de hoogste rechter van Roemenië een oordeel had gegeven over de zaak, besloot de Engelse rechter alsnog een 'single joint expert' te benoemen, die tot andere conclusies kwam dan de Roemeense rechter. De Engelse rechter nam de opinie van de expert over en oordeelde dat, in tegenstelling tot het oordeel van de Roemeense rechter, de moeder zich schuldig had gemaakt aan kinderontvoering. De House of Lords stond het daartegen ingestelde appel toe, op de grond dat wanneer een Engelse rechter een oordeel van een buitenlandse rechter in de zin van art. 15 HKOV vraagt, dit een bindende ('determinative') beslissing is, tenzij deze duidelijk in strijd met 'natural justice' of met de internationale uitleg van het HKOV tot stand is gekomen.

203 *Notice*

Inzake het bewijs van buitenlands recht kent de CPR 1998 een specifieke regeling in Rule 33.7. Deze regel behandelt de procedure voor het geval dat een partij bewijs van vreemd recht wil overleggen in de zin van *section* 4(2) van de *Civil Evidence Act 1972.* Zij moet haar wederpartij op de hoogte brengen van haar voornemen om bewijs inzake buitenlands recht in te brengen en deze '*notice*' niet later te doen toekomen dan de betekening ('*service*') van eventuele '*witness statements*' en in ieder geval niet later dan

179 Lord Woolf heeft zelf reeds aangegeven dat '[t]here are in all areas some large, complex and strongly contested cases where the full adversarial system, including oral cross-examination of opposing experts on particular issues, is the best way of producing a just result. That will apply particularly to issues on which there are several tenable schools of thought, or where the boundaries of knowledge are being extended.' Zie Woolf 1996, p. 141, no. 19.

180 *Re Casterbridge Properties Ltd (Application to Rescind); Bryan Jeeves v The Official Receiver* [2003] EWHC 1731 (Ch) [2003] B.C.C. 724 inzake het recht van Saint Vincent en de Grenadines.

181 [2006] 3 W.L.R. 989; [2006] UKHL 51.

21 dagen voor de zitting waarop zij zal voorstellen het bewijs in te brengen. De *notice* bevat de vraag waarover het bewijs gaat en een eventuele kopie van het document.[182] Voor familiezaken kent de FPR 2010 een regeling in Rule 23.7., welke op enkele bewoordingen na nagenoeg gelijkluidend is aan diens tegenhanger in de CPR.[183]

204 *Admission*

De omstandigheid dat buitenlands recht als een feit wordt beschouwd heeft een bijzondere consequentie. Omdat sprake is van een feit, kunnen partijen, wanneer zij niet het traject van bewijslevering willen volgen, immers besluiten om de door de wederpartij aangevoerde stellingen te 'erkennen' als waar, de zogenaamde 'admission'. Hoewel dat niet is toegestaan voor zover het gaat om Engels recht,[184] is dat anders voor het geval een buitenlands recht van toepassing is. '*Formal admission*' is toegestaan als het te erkennen feit het buitenlandse recht is.[185] Dit betekent dat door de enkele erkenning door de wederpartij van de inhoud van vreemd recht, dit recht als zodanig kan komen vast te staan. Dit is wederom een uitingsvorm van de 'formele' benadering van vreemd recht die in het Engelse recht is gekozen.

4.3.4 Buitenlandse voorrangsregels in het Engelse burgerlijk geding

205 Onduidelijke status; *illegality of contract*

Het is niet duidelijk wat de status van buitenlandse voorrangsregels in het Engelse burgerlijk proces is in het algemeen is. Een belangrijk voorbeeld is de '*illegality of contract*': wanneer een overeenkomst volgens het daarop toepasselijke, vreemde recht niet geldig is, rijst de vraag of de rechter dat uit eigen beweging moet vaststellen. In interne gevallen is het zo dat 'illegality of contract' tot de conclusie leidt dat de rechter de tenuitvoerlegging van het contract niet kan toestaan en zal hij deze nietig te verklaren.[186] Desnoods moet de rechter een dergelijke 'illegality' uit eigen beweging vaststellen.[187] Devlin J. heeft het als volgt tot uitdrukking gebracht:[188]

> 'When the court comes to know of an illegality, public policy requires that it should refuse any help to the wrongdoer; and public policy cannot be circumvented by the court's fictitiously deeming itself not to have heard that which in truth it has heard.'

De vraag rijst in hoeverre de Engelse rechter ook verplicht is om op dezelfde voet vast te stellen dat sprake is van een 'illegality' die door buitenlands recht wordt beheerst.[189]

---

182 CPR Rule 33.7.(1)-(4).
183 FPR Rule 23.7(1)-(4).
184 Zie daarvoor paragraaf 4.2.3.
185 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 49.101.
186 *Holman v. Johnson* (1775) 1 Cowp. 341.
187 *Snell v. Unity Finance Co. Ltd.* [1964] 2 Q.B. 203, p. 212-213 (CA) (Wilmer L.J.)
188 *Edler v. Auerbach* [1950] 1 K.B. 359, p. 372 (Devlin J.).
189 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 106-107.

Wanneer het punt van 'illegality' van een overeenkomst wegens strijd met vreemd recht door een van de partijen is aangestipt, zal de Engelse rechter de uitvoering van een dergelijke overeenkomst niet toestaan.[190] Het is de vraag of de rechter, wanneer partijen geen beroep op de 'illegality' van een overeenkomst hebben gedaan, uit eigen beweging mag besluiten dat de overeenkomst niet kan worden nagekomen. De rechter heeft een dergelijke bevoegdheid wanneer deze door *statute* is toegekend, zoals is gebeurd met de IMF-Overeenkomst, ook wel Overeenkomst van Bretton Woods genoemd. Dit verdrag was omgezet in wetgeving (Bretton Woods Agreement Act 1945), waarvan art. VIII(2)(b) bepaalde dat indien een termijnwisselcontract inzake valuta van een verdragsluitende staat strijdig was met regelingen van een verdragsstaat, welke werden voorgeschreven of gehandhaafd door het verdrag, het contract niet uitvoerbaar zou zijn. Engelse rechters werden verplicht geacht om het vraagstuk van 'illegality' uit eigen beweging te behandelen.[191]

Het is echter onduidelijk of, naast wettenrecht, ook de common law de Engelse rechter de verplichting oplegt om *illegality of contract* ambtshalve te beoordelen.[192] Er lijken aanwijzingen te zijn dat de rechter de uitvoerbaarheid ('enforcement') van het contract moet weigeren, wanneer deze naar vreemd recht 'illegal' is en beide partijen daarvan weet hadden.[193] Er schijnt echter onzekerheid te bestaan, in hoeverre de Engelse rechter ook in andere omstandigheden ambtshalve moet handelen.[194] Bovendien is het de vraag of sprake is van nietigheid van het contract of dat slechts sprake is van een verbod de uit het contract voortvloeiende verbintenissen na te komen ('*frustation*').

4.4 Complicaties bij de toepassing van buitenlands recht

4.4.1 Manieren om buitenlands recht te bewijzen

206 Vereisten deskundigen

Zoals in paragraaf 4.3. reeds is aangegeven, wordt buitenlands recht in het Engelse systeem gezien als een feit dat gesteld en bewezen moet worden. In beginsel vindt dit bewijs plaats met behulp van deskundigen ('*expert witnesses*'). Aan de persoon die als deskundige kan optreden, werden oorspronkelijk relatief zware eisen gesteld voor wat betreft de hoedanigheid en de bekwaamheid van de expert. Zo was vereist dat deze voornamelijk praktische ervaring moest hebben, hetgeen werd beoordeeld naar de omstandigheden van het geval. Daarbij werd in een enkel geval afwegingen gemaakt die voor een continentaal jurist wellicht wat bevreemdend kunnen overkomen. Zo werd in een geval waarin het recht van Chili inzake waardepapieren ('*promissory notes*') niet de verklaring van een lid van de Chileense balie met vier jaar

190 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 106-107.
191 *U.C.M. v. Royal Bank of Canada* [1983] AC 168 (HL).
192 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 110.
193 *Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd.* [1957] 3 W.L.R. 752.
194 Zie Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 108-113.

ervaring als doorslaggevend gezien, maar juist de verklaring van een Londense bankier, niet-jurist, die 47 jaar werkervaring had met documentair krediet in (heel) Zuid-Amerika.[195] Hierin ziet men de resonantie van de Engelse opvatting over rechtsvorming, die zijn basis voornamelijk in de praktijk heeft in plaats van in de theorie.

Met de inwerkingtreding van de *Civil Evidence Act 1972*[196] is deze situatie echter veranderd. *Section* 4 van deze wet, getiteld '*Evidence of foreign law*', geeft een regeling inzake de wijze waarop de bewijsverkrijging van de inhoud van vreemd recht plaatsvindt. Om te beginnen wordt in *section* 4(1) gebroken met het verleden doordat wordt bepaald dat het bewijs van het recht van een '*country or territory*' buiten het Verenigd Koninkrijk of van een deel van het Verenigd Koninkrijk anders dan Engeland en Wales kan worden geleverd door iemand die 'suitably qualified' is om dat te doen op grond van zijn 'knowledge or experience'. Het maakt daarbij niet uit of hij in de rechtspraktijk heeft gewerkt: '(…) irrespective of whether he has acted or is entitled to act as a legal practitioner there'. Hieruit blijkt dat relevante juridische praktijkervaring niet meer vereist is om als deskundige op het gebied van een buitenlands rechtsstelsel te kunnen gelden.[197]

Tot slot dient wel te worden onderkend dat de *Civil Evidence Act 1972* maar een beperkt formeel toepassingsgebied kent. De werkingssfeer is immers beperkt tot Engeland en Wales. Dit houdt in dat in de overige delen van het Verenigd Koninkrijk, zoals Noord-Ierland en Schotland, deze wet niet geldt en in beginsel nog de 'oude' regels inzake de competentie van deskundigen gelden. Dit geldt eveneens voor staten die oorspronkelijk onder de 'oude' common law-regel vielen, maar inmiddels onafhankelijk zijn geworden, zoals Ierland.

207 Bijzondere wetten

Hoewel de *Civil Evidence Act 1972* dus enkele vernieuwingen heeft meegebracht, doet deze wet geen afbreuk aan de regel dat buitenlands recht nog wel als een feit bewezen moet worden. Dit uitgangspunt kent echter een aantal uitzonderingen. Zo zijn er drie wetten die als een overblijfsel van het Engelse koloniale tijdperk kunnen worden beschouwd: de *British Law Ascertainment Act 1859*,[198] de *Colonial Laws Validity Act 1865*[199] en de *Evidence (Colonial Statutes) Act 1907*.[200] De eerste wet zag op de wijze waarop het recht van een ander deel van '*Her Majesty's dominions*' kon worden vastgesteld. Deze vraag kon worden verwezen naar een rechter – '*superior court*' – in

195 *De Béeche and Others v. South American Stores Ltd.* [1935] A.C. 148 (H.L.), op p. 157 (per Viscount Sanky, L.C.). Overigens werd het punt in kwestie niet als een rechtsbegrip maar als handelsgebruik gezien.

196 Civil Evidence Act 1972, c. 30.

197 Zie ook *Bentley v Arabian American Oil Co* 2000 WL 1629460 (20 Juli 2000) (QB), per Steel DL; *Re AB (A Child) (Temporary Leave to Remove from Jurisdiction: Expert Evidence)* [2014] EWFC 2758, no. 56-58; *Associated Shipping Services Ltd v Department of Private Affairs of H.H. Sheikh Zayed bin Sultan Al-Nahayan* 1990 WL 753434 (CA).

198 British Law Ascertainment Act 1859 (22 and 23 Vict.) c. 63.

199 Colonial Laws Validity Act 1865 (28 and 29 Vict. C. 63).

200 Evidence (Colonial Statutes) Act 1907 (7 Edw. 7 C. 16).

dat deel van '*Her Majesty's dominions*'. De beide andere wetten zien op de wijze, waarop bewijs van bepaalde wetten uit de koloniale delen van het Engelse Rijk kon worden geleverd, namelijk door 'certified copies'[201] (*Colonial Laws Validity Act 1865*) of door kopieën 'purporting to be printed by the Government printer' van de betreffende 'possession'[202] (*Evidence (Colonial Statutes) Act 1907*). Zij betreffen dus een uitzondering op de zogenaamde '*best evidence rule*', die inhoudt dat bewijs van de inhoud van documenten zoveel mogelijk moet geschieden door overlegging van 'primary evidence', zoals het origineel, een officiële kopie of een informele 'admission'.[203] De vraag is wel gerezen, in hoeverre een wet die volgens de *Evidence (Colonial Statutes) Act 1907* in het geding is gebracht, nog steeds geldt zoals de kopie doet vermoeden.[204]

In het verleden was er tevens de *Foreign Law Ascertainment Act 1861*.[205] Deze wet was bedoeld om een met de *British Law Ascertainment Act 1859* vergelijkbaar mechanisme in werking te stellen voor vreemde staten waarmee het Verenigd Koninkrijk een verdrag met die strekking had gesloten. Omdat dit laatste niet was gebeurd, is deze wet op een gegeven moment weer ingetrokken.[206] De *Colonial Laws Validity Act 1865* en de *Evidence (Colonial Statutes) Act 1907* zijn vooralsnog nog steeds in werking.[207]

208 Europese Overeenkomst van 1968

Naast de 'eigen' wetten om de uitwisseling van informatie over vreemd recht te vergemakkelijken, is het Verenigd Koninkrijk ook partij bij de Europese Overeenkomst van 1968. Dat verdrag heeft het Verenigd Koninkrijk weliswaar geratificeerd, maar er is verder geen implementatiewetgeving vastgesteld, zodat de praktische waarde van dit verdrag praktisch nihil is. Dit wordt door sommigen verklaard door de adversaire wijze waarop buitenlands recht in het Engelse systeem wordt vastgesteld, dat immers vooral is gebaseerd op deskundigenbewijs dat door partijen wordt ingebracht.[208] Een dergelijk systeem verhoudt zich slecht met een verdrag, op grond waarvan de rechter op eigen initiatief inlichtingen kan verzoeken over buitenlands recht. Bovendien kan bij de procespartijen de angst bestaan dat zij de controle kunnen verliezen, vooral wanneer gebruik wordt gemaakt van het doorzenden van het verzoek naar een 'particulier jurist' ex art. 6 van de Overeenkomst.[209]

Ondanks het gegeven dat Engelse rechters dus geen gebruik maken van de Europese Overeenkomst van 1968, neemt dit niet weg dat het Verenigd Koninkrijk

---

201 Colonial Laws Validity Act 1865, s. 6.

202 Evidence (Colonial Statutes) Act 1907, s. 1(1).

203 Zie voor de 'best evidence rule', *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 49.76.

204 Zoals aan de orde gekomen in *Jasiewicz v. Jasiewicz* [1962] 1 W.L.R. 1426.

205 Foreign Law Ascertainment Act 1861 (24 & 25 Vict. Cap. XI).

206 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 136.

207 De 'counsel' van de eiser in de zaak *Tamil Nadu Electricity Board v ST-CMS Electric Company Private Limited* [2007] EWHC 1713 (Comm), beriep zich althans op de *Evidence (Colonial Statute) Act 1907* terwijl hij een kopie van een Indiase wet overlegde, overigens zonder succes (zie no. 97 van die uitspraak). Overigens is Section 1(2) van die wet ingetrokken met de *Statute Law (Repeals) Act 1993* c. 50 Sch. 1(I) para. 1, behalve voor Schotland.

208 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 137. Het gebruik van dit verdrag is volgens Fenitman niet geheel onmogelijk, maar wel onwaarschijnlijk. Zie Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 240-244.

209 Aldus Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 243.

het verdrag voor binnenkomende verzoeken uit andere verdragsluitende staten wél toepast, althans over het eigen recht informatie verstrekt. In een Duitse zaak[210] heeft de betreffende rechter informatie verzocht van de *Foreign and Commonwealth Office*, welke via het *Department for Business Innovation & Skills* handelde, en deze informatie ook gekregen.

209 Affidavits?

Aangezien het vreemde recht in beginsel door deskundigen moet worden bewezen, komt nog de vraag op of onder ede opgestelde verklaringen – 'affidavits' – eveneens kunnen worden gebruikt om de inhoud van het vreemde recht vast te stellen. De Court of Appeal was oorspronkelijk van mening dat dit niet het geschikkte middel is om te bepalen hoe vreemd recht luidt, zoals kan worden afgeleid uit *National Shipping Corpn v. Arab*.[211] Daarbij moet echter wel de kanttekening worden dat deze zaak dateert van 1971 en dus nog voor de inwerkingtreding van de *Civil Evidence Act 1972* en de daarmee gemoeid zijnde verandeingen. Zo wijst een *Practice Direction* van de Familiy Division al op de mogelijkheid van *affidavits of law*, en kan uit de bewoordingen worden opgemaakt dat dit voordien eveneens mogelijk was voor 'barristers' en 'advocates' die geregistereerd waren in de staat wiens recht van toepassing was.[212] Voorts geldt de Practice Direction voornamelijk voor niet-contentieuze 'probate' gevallen.

4.4.2 Kosten van het bewijs van buitenlands recht

210 'Costs follow the event'

In het Engelse procesrecht gelden twee belangrijke beginselen wanneer het aankomt op de vraag, welke partij de kosten van de procedure moet dragen. Het eerste is dat de rechter een discretionaire bevoegdheid heeft om te bepalen of een partij de kosten van de wederpartij moet vergoeden, wat de hoogte is van die kosten en wanneer zij betaald moeten worden.[213] Het tweede principe is de algemene regel dat '*costs follow the event*',[214] zoals blijkt uit CPR rule 44.3.(2)(a). Dit houdt in dat de partij die geen gelijk heeft gekregen in het geding, wordt veroordeeld om de kosten van de andere partij te vergoeden. Hierbij kunnen verschillende factoren een rol spelen.[215] Het is dus mogelijk dat de kosten van het deskundigenbewijs inzake de inhoud van buitenlands recht worden vergoed.

---

210 BGH 14 januari 2014, zaaknr. II ZR 192/13, *NJW* 2014, 1244.

211 Zie *National Shipping Corporation v Arab* [1971] 2 Ll. Rep. 363, p. 365 (per Davies LJ).

212 *Practice Direction (Foreign Law: Affidavit)* [1972] 1 W.L.R. 1433. De affidavit moet de 'particulars of the knowledge and experience' bevatten. In zoverre lijkt deze PD een wijziging t.o.v. een eerdere PD, de *Practice Direction: Grants of Representation* [1953] 1 W.L.R. 1237, in te houden.

213 CPR rule 44.3(1).

214 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 68.6; N. Andrews, *English Civil Procedure. Fundamental of the New Civil Justice System*, Oxford: OUP 2003, p. 824-825, no. 36.05-36-06; Sychold, 'United Kingdom', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 532.

215 Sychold, 'United Kingdom', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 532

Hoewel in beginsel de regel geldt dat '*costs follow the event*', kan de rechter een andere beslissing nemen.[216] Zo heeft de rechter de mogelijkheid om een grens te stellen aan de omvang van de kosten van het deskundigenbewijs, dat de ene partij door haar wederpartij wil laten vergoeden.[217] Dit volgt uit CPR 35.4(4). Ook heeft de rechter de discretionaire bevoegdheid om de benoeming van een deskundige te beëindigen, wanneer de kosten anders te hoog zouden oplopen.[218] Wanneer een deskundige zich niet goed van zijn taak jegens de rechter heeft gekweten, kan hij worden bevolen de kosten te vergoeden die hij daardoor heeft veroorzaakt.[219]

211 Legal aid

Normaliter kan een partij geen rechtsbijstand ('*legal aid*') krijgen voor een deskundigenverslag over buitenlands recht. Daarop is echter een uitzondering gemaakt in de *Access to Justice Act 1999*, *section* 19(1),[220] welke bepaling later is vervangen door *section* 32 van de *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*.[221] Hierin wordt bepaald dat een partij in beginsel geen aanspraak kan maken op vergoeding van kosten onder *Part 1* van *Schedule 1* van die wet,[222] tenzij zich één van de in *section* 32(1) genoemde uitzonderingen voordoet, namelijk:

> '(1) The civil legal services described in Part 1 of Schedule 1 do not include services relating to any law other than the law of England and Wales, except–
> (a) where express provision to the contrary is made by or under Part 1 of Schedule 1;
> (b) where such law is relevant for determining any issue relating to the law of England and Wales;
> (c) in other circumstances specified by the Lord Chancellor by order.'

De instantie die beslist of een partij in aanmerking komt is de *Lord Chancellor*.[223] Hoewel dus in principe geen 'legal aid' voor deskundigenbewijs over vreemd recht kan worden verkregen, maakt deze bepaling daarop een bepaalde uitzonderingen.

4.4.3 'Lack of proof' van buitenlands recht

212 Bijzonderheid Engelse benadering

Wanneer de inhoud van het buitenlandse recht niet wordt vastgesteld, komt de vraag op welke consequenties daaraan zijn verbonden. Voordat op die vraag zal worden in gegaan, is het goed om te onderkennen dat deze vraag in het kader van

---

216 CPR rule 44.3(2)(b).
217 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 54.12.
218 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 54.12.
219 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 54.12, en no. 68.64.
220 *UK Statute* 1999 c. 22, s. 19.
221 *UK Statute* 2012 c. 10, s. 32.
222 Dit betreft een overzicht van de kosten die voor vergoeding in aanmerking komen. *Schedule 1* ziet op *Civil Legal Services* en *Part 1* daarvan op *Services*.
223 *Section* 1(1) van de *Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012*. Voorheen was dit de *Legal Services Commission*, maar die instelling is ex *section* 38(1) van voornoemde wet afgeschaft.

het Engelse recht een ander karakter heeft dan in het geval van een rechtsstelsel dat uitgaat van de ambtshalve vaststelling van de inhoud van buitenlands recht. Omdat het immers partijen zijn die de verantwoordelijkheid dragen voor het bewijs van vreemd recht, betekent dit dat men niet zozeer spreekt van 'ontoegankelijkheid' van het buitenlandse recht maar simpelweg van een 'gebrek aan bewijs'. Dit is het resultaat van de vrij 'formele' benadering die het Engelse systeem ten opzichte van buitenlands recht hanteert, waardoor het niet van belang is of partijen de inhoud *kunnen* vaststellen maar eerder of zij deze *hebben* vastgesteld of niet. De reden van het eventuele falen is daarbij niet van belang.

Wanneer de partij die zich op het buitenlandse recht beroept, daarvan geen bewijs levert '*to the satisfaction of the court*', betekent dit dat het buitenlandse recht als feit niet is bewezen. De vraag rijst wat daarvan de gevolgen zijn. In de logica van de '*fact doctrine*' zou een afwijzing van de vordering of het verweer in dat geval voor de hand liggen. Immers, partijen hebben aan hun vordering of verweer een aantal feiten ten grondslag gelegd, waaronder het buitenlandse recht, op grond waarvan zij stellen dat de vordering toe- of afgewezen dient te worden. Hun stellingen zijn niet meer houdbaar wanneer het recht waarop zij hun stellingen hebben gebaseerd, niet is komen vast te staan. Maar ook in het Engelse recht lijkt deze uiterste consequentie echter, ondanks de (strikte) *fact doctrine* en het sterk adversaire karakter van het burgerlijk geding, niet noodzakelijkerwijs te worden getrokken.[224] In plaats daarvan wordt voornamelijk de voorkeur gegeven aan de toepassing van het Engelse recht, getuige een lange lijst van *authorities*.[225]

213 Presumption of similarity

Ingeval de inhoud van het vreemde recht dus niet is bewezen, wordt het Engelse recht toegepast. Er bestaat evenwel geen duidelijkheid over het exacte karakter van de toepassing van Engels recht als 'surrogaatrecht'. Een bekende en tevens oude opvatting is dat het buitenlandse recht, bij gebrek aan bewijs van het tegendeel, qua inhoud wordt vermoed gelijkluidend te zijn aan het Engelse recht, de zogenaamde '*presumption of similarity*'.[226] Deze opvatting wordt bevestigd door vele '*authorities*' die van dit beginsel uitgaan.[227] Het wordt daarom wel een regel van '*trite law*'

---

224 Zo ook Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 195, die stelt dat Engelse gerechten dit alternatief niet hebben aanvaard als een universele oplossing.

225 *Faulkner v. Hill* 1942 J.C. 20; *Schneider v. Eisovitch* [1960] 2 Q.B. 430; *Pryde v. Proctor and Gamble Ltd*. 1971 S.L.T. (Notes) 18; *Bonnor v. Balfour Kilpatrick Ltd*. 1975 S.L.T. (Notes) 3; *Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd.* [1976] 1 W.L.R. 676; *Emerald Stainless Steel Ltd v. South Side Distribution Ltd*. 1983 S.L.T. 162*; Deutz Engines Ltd v. Terex Ltd.* 1984 S.L.T. 273; *Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG* [1991] 2 A.C. 339 (HL); *Parker v. TUI UK Ltd*. [2009] EWCA Civ 1261.

226 Dicey, Morris & Collins 2012, p. 332. Zie ook Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 105-106; Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 200.

227 *Lloyd v. Guibert* (1865) L.R. 1 Q.B. 115; *Faulkner v. Hill* 1942 J.C. 20; *Rodden v. Whatlings Ltd* 1960 S.L.T. (Notes) 96 (Schotland); *Pryde v. Proctor and Gamble Ltd* 1971 S.L.T. (Notes) 18 (Schotland); *Bonnor v. Balfour Kilpatrick Ltd* 1975 S.L.T. (Notes) 3 (Schotland); *Bumper Development Corp Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1991] 4 All E.R. 638; *El Ajou v. Dollar Land* [1993] 3 All ER 717 (Ch); *Société Eram Shipping Company Ltd v. Compagnie Internationale de Navigation & Others*

genoemd.[228] Het beginsel van de *presumption* kan eveneens op twee manieren worden bezien. [229] Volgens de ene zienswijze wordt ervan uitgegaan dat het buitenlands recht eenzelfde inhoud als Engels recht heeft, zodat de partij die zich op buitenlands recht wil beroepen moet bewijzen op welke punten het verschilt. Volgens de tweede zienswijze gaat men ervan uit dat buitenlands recht en Engels recht verschillen, maar doet het vermoeden opgeld wanneer er geen afdoende bewijs van wordt geleverd. Dit onderscheid is overigens van weinig belang, omdat beide uitgangspunten hetzelfde effect zullen hebben, namelijk dat bij gebrek aan bewijs het Engelse recht zal worden toegepast.[230]

De *presumption of similarity* is echter omstreden. In sommige gevallen zou de toepassing ervan niet goed werken of althans kunstmatig zijn.[231] In het *Supreme Court Procedure Committee's Report on Practice and Procedure in Defamation* van juli 1991 werd het principe zelfs omschreven als '(…) quite unrealistic and curiously egocentric in the post-imperial age'.[232] Het kunstmatige karakter van het vermoeden van eensluidendheid doet zich bijvoorbeeld voor in de situatie dat een betreffende rechtsvraag naar Engels recht wordt bestreken door wettenrecht (*statutes*) met een territoriaal begrensde reikwijdte,[233] of in het geval waarin het toepasselijke buitenlandse recht geen *common law*-stelsel is.[234] Om dit soort problemen te voorkomen is voorgesteld om van het beginsel af te stappen en Engels recht toe te passen bij wijze van verlegenheidsopvatting ('*default application of the lex fori*').[235]

Sommigen hebben in de uitspraak in de zaak *Shaker v. Al-Bedrawi*[236] een aanwijzing gezien dat de Court of Appeal dit beginsel zou hebben verlaten. De redenen die daarvoor wordt aangedragen, is dat de Court of Appeal het vermoeden niet met zoveel woorden heeft toegepast. [237] Mogelijk heeft de omstandigheid dat

---

[2001] EWCA Civ 1317; *Balmoral Group Ltd. V. Borealis [UK] Ltd., Borealis AS & Borealis A/S* [2006] EWHC 1900 (Comm); *Sharp v. Ministry of Defence* [2007] EWHC 224 (QB); *Dynamit AG v. Rio Tinto Co Ltd* [1918] A.C. 260; *The Parchim* [1918] A.C. 157 (P.C.); *University of Glasgow v. The Economist Ltd and another* [1997] E.M.L.R. 495; *Parker v. TUI UK Ltd.* [2009] EWCA Civ 1261.

228 Recentelijk door Justice Mostyn in *G (A child) (Jurisdiction: Brussels II Revised), Re* [2013] EWHC 4017 (Fam), par. 34: '(…) and of course it is trite law that in the absence of expert evidence of foreign law I assume that the foreign law is the same as ours.' Zie ook *Bumper Development Corp Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis* [1991] 4 All E.R. 638; *Royal Boskalis Westminster N.V. and Others v Mountain and Others* [1999] Q.B. 674.

229 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 200.

230 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 200.

231 Dicey & Morris 2012, p. 332-333.

232 Neill Committee, *Supreme Court Procedure Committee. Report on Practice and Procedure in Defamation*, juli 1991, p. 49 (no. V.5) (in bezit van auteur). Het citaat is ook te vinden in *Belhaj v Straw* [2013] EWHC 4111 (QB), no. 139, *in fine*.

233 *Mother Bertha Music Ltd v Bourne Music Ltd.* [1997] E.M.L.R. 457, inzake de territoriale reikwijdte van de Engelse *Copyright Act*. Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 201-202. In *Balmoral v Borealis* [2006] EWHC 1900 (Comm), par. 428 e.v. lijkt de rechter daarentegen wel een 'extraterritoriale' toepassing van de *Unfair Contract Terms Act 1977* toe te staan. Zie verder *Shaker v. Al-Bedrawi* [2003] Ch 350, p. 370-374.

234 *Guépratte v Young* (1851) 64 Eng. Rep. 804, 808.

235 Zoals Dicey, Morris & Collins 2012, p. 333.

236 *Shaker v. Al-Bedrawi* [2003] Ch 350.

237 Geeroms, *Foreign Law* 2004, no. 2.457.

uitgebreid wordt verwezen naar het handboek van Dicey, Morris & Collins, die een voorstander zijn van 'afschaffing' van het vermoeden, aan die indruk bijgedragen. Nog afgezien van de vraag of daarmee niet te veel aandacht aan de letterlijke bewoordingen van de Court of Appeal wordt gegeven, is deze lezing in latere uitspraken niet gevolgd. Zo ging dezelfde Court of Appeal in *Belhaj v. Straw*[238] nog gewoon uit van de '*presumption*', ook al werd het in die casus uiteindelijk niet toegepast. De Court of Appeal wees daarbij wel op de bestaande kritiek, maar ging er verder niet op in.[239]

Belangrijker is wellicht dat deze discussie voorlopig is beslecht met het oordeel in de recente zaak *OPO v. MLA*.[240] In deze zaak heeft de Court of Appeal de 'presumption of similarity' opnieuw bevestigd. Hierin ging het om een publicatie van een boek, waarvan werd beweerd dat de inhoud daarvan schadelijk kon zijn voor de psychische ontwikkeling van het kind van de schrijver van het boek. Arden LJ oordeelde echter:[241]

> '(…) I do not accept the submission that, even though there is no evidence as to Ruritanian law, the presumption that foreign law is the same as English law does not apply. This is a rule of evidence applied by the English Courts. As such it is not affected by the Regulation (Rome II, auteur)'.

Met dit oordeel leek het pleit te zijn beslecht in het voordeel van de '*presumption*',[242] ware het niet dat deze uitspraak in appel door de *UK Supreme Court* is 'reversed'.[243] Dit geschiedde echter op een andere grond dan het oordeel van de lagere rechter over de toelaatbaarheid van de presumptie.[244] Om die reden is het oordeel van de *Court of Appeal* niet bindend in de zin van de precedentenleer. Daarmee is de discussie over de status van de '*presumption of similarity'* vooralsnog niet tot een einde gekomen.

Al is het oordeel van de Court of Appeal in *OPO v. MLA* dan misschien niet bindend, dit betekent niet dat het geen '*persuasive authority*' kan hebben.[245] Zo blijkt

---

238 *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ 1394.

239 Ook de UK Supreme Court heeft zich over de 'presumption' niet uitgelaten. In een gecombineerd appel van zowel de zaak *Belhaj v. Straw* en *Rahmattulah v. Ministry of Defence* heeft de UKSC in het eerste geval slechts toestemming voor appel gegeven ten aanzien van een andere kwestie dan de 'presumption'. Zie *Belhaj v Straw and others (United Nations Special Rapporteur on Torture and others intervening); Rahmatullah v Ministry of Defence and another (No 2) (United Nations Special Rapporteur on Torture and others intervening)* [2017] UKSC 3; [2017] A.C. 964.

240 *OPO v MLA* [2015] E.M.L.R. 4 [2014] EWCA Civ 1277. De zaak werd onderscheiden ('distinguished') van het oordeel van de Queen's Bench in *Belhaj v Straw* [2013] EWHC 2672 (QB), per Simon J.

241 *OPO v MLA* [2015] E.M.L.R. 4 EWCA Civ 1277, no. 108.

242 Zo ook *Bianco v Bennet* [2015] EWHC 626 (QB), no. 11.

243 Voor de Supreme Court had de zaak overigens een andere benaming: *O (A Child) v Rhodes and another (English PEN and another intervening)* [2015] UKSC 32.

244 Namelijk of er naar Engels recht sprake was van een 'properly constituted tort', zie *O (A Child) v Rhodes and another (English PEN and another intervening)* [2015] UKSC 32.

245 Zoals ook Arden LJ zelf aangeeft in *Lady Christine Brownlie v Four Seasons Holdings Incorporated* [2015] EWCA Civ 665, in no. 89. In deze zaak kwam de vraag aan de orde, in hoeverre de Rome II-verordening in de weg staat aan de toepassing van de presumptie vanwege het dwingende karakter van art. 4 lid 1 Rome II.

uit het oordeel van de Court of Appeal in een andere zaak, waarin eveneens over de toelaatbaarheid van de *presumption* aan de orde kwam. In *Lady Christine Brownlie v. Four Seasons Holdings Incorporated*[246] betrof het een verkeersongeval in Caïro, waarbij de man van eiseres, de bekende jurist Ian Brownlie, om het leven was gekomen en zijzelf gewond was geraakt. De weduwe maakte vervolgens een procedure aanhangig, waarin zij schadevergoeding eiste van het hotel dat de reis had georganiseerd. Een van de vragen was of de schade zich ex art. 4 Rome II had voorgedaan in Engeland en Wales. Ook kwam de vraag aan de orde, of de Rome II-verordening in de weg stond aan de toepassing van de 'presumption of similarity'. Onder verwijzing naar *OPO v. MLA*, oordeelde Arden L.J. dat de betreffende uitspraak van de Court of Appeal in hoger beroep weliswaar geen stand had gehouden, maar dat van dit oordeel desondanks 'strong persuasive authority' uitging.[247]

Uit het recente arrest *FS Cairo (Nile Plaza) LLC v. Brownlie*[248] blijkt dat van de 'presumption' voorlopig nog niet is afgestapt, zodat de discussie daarover zal blijven voortduren.[249]

214 Lex fori versus *presumption*: twee visies?

Bij nadere lezing kunnen de verschillen in karakterisering van de toepassing van Engels recht als 'surrogaatrecht' – namelijk de 'presumption'-benadering of de 'lex fori'-benadering – worden teruggebracht op twee verschillende visies op de problematiek. In het eerste geval wordt het probleem van buitenlands recht voornamelijk gezien als een *procesrechtelijke* of *bewijsrechtelijke* aangelegenheid. In die opvatting wordt het ipr slechts gezien als een reden waarom buitenlands recht toegepast moet worden. De behandeling van buitenlands recht en de sanctie op de niet-vaststelling van de inhoud ervan blijven een procesrechtelijke aangelegenheid.[250] Indien de inhoud van het vreemde recht in rechte niet komt vast te staan, wordt overgegaan tot de toepassing van het vermoeden van gelijkluidendheid. De tweede opvatting ziet het probleem meer als een *internationaal-privaatrechtelijk* of *materieelrechtelijk* probleem. Het buitenlands recht wordt door conflictregels aangewezen en wanneer de inhoud ervan processueel niet kan worden vastgesteld, moet het ipr terugtreden en is de lex fori van toepassing. Fentiman meent zelfs dat

246 *Lady Christine Brownlie v. Four Seasons Holdings Incorporated* [2015] EWCA Civ 665 [2016] 1 WLR 1814, p. 1835-1836 (no. 88-89) (per Arden L.J.).

247 *Lady Christine Brownlie v. Four Seas*ons, [2015] EWCA Civ 665 [2016] 1 WLR 1814, p. 1836 (no. 89).

248 *FS Cairo (Nile Plaza) LLC (incorporated under the law of Egypt) v. Christine Brownlie Widow and Executrix of Estate of Professor Sir Ian Brownlie, CBE, QC* [2020] EWCA Civ 996. Overigens was er onder de rechters in die zaak geen unanimiteit.

249 Zo ook Lord Justice Underhill in *FS Cairo (Nile Plaza) LLC (incorporated under the law of Egypt) v. Christine Brownlie Widow and Executrix of Estate of Professor Sir Ian Brownlie, CBE, QC* [2020] EWCA Civ 996, no. 220.

250 Dicey, Morris & Collins 2012, p. 322). Zie ook Sychold, 'United Kingdom', in: ISDC-rapport, *Part I* 2011, p. 530: 'The determination of foreign law falls within the scope of the domestic regulation of civil procedure in England and Wales, rather than within the scope of private international law, which alone may lead to the application of foreign law in England and Wales.' Idem, op p. 538. Zie ook het oordeel van Arden LJ in *OPO v. MLA* [2015] E.M.L.R. 4 [2014] EWCA Civ 1277, no. 108: 'This is a rule of evidence applied by the English Courts.'

de vaststelling van buitenlands recht een deel van de '*conflicts process*' is en een voorwaarde voor de toepasselijkheid van buitenlands recht.[251] Er is tussen deze twee benaderingen geen duidelijke keuze gemaakt, maar vooralsnog lijkt de bewijsrechtelijke of procesrechtelijke benadering de heersende leer te zijn. Qua effect maakt het overigens niet veel verschil, aangezien in beide situaties het Engelse recht wordt toegepast.

215 Uitzonderingen op de *presumption*

Hoe de toepassing van Engels recht ook wordt gekarakteriseerd, dit betekent niet dat er geen uitzonderingen op bestaan. Het is een vaste uitdrukking in de rechtspraak dat '(…) the presumption of similarity is not one in any event that applies inflexibly'.[252] Er lijkt echter geen duidelijke lijn in de jurisprudentie ontdekt te kunnen worden en de rechtspraak biedt wat dat betreft nog weinig houvast.[253] De enige, uitdrukkelijk door de jurisprudentie geaccepteerde uitzondering lijkt te liggen in het strafrecht.[254] In het geval dat tegen een verdachte een strafzaak loopt wegens bigamie, en de vraag aan de orde komt of de verdachte in het buitenland al is gehuwd, mag de presumptie niet worden toegepast als de inhoud van het buitenlandse huwelijksrecht niet komt vast te staan. De verdachte moet in dat geval worden vrijgesproken.[255]

Maar ook in andere (civiele) zaken zijn er uitzonderingen te vinden. Zo wordt aangenomen dat het vermoeden van gelijkluidendheid niet opgaat wanneer het buitenlandse recht niet op de *common law* is gebaseerd.[256] Verder kan de bron van het toe te passen recht een rol spelen. Zo wordt aangenomen dat de toepassing van de '*presumption*' onjuist is wanneer het Engelse recht uit wettenrecht ('*statutes*') bestaat.[257] Deze uitzondering lijkt overigens niet absoluut te zijn; in sommige gevallen zijn wel degelijk Engelse '*statutory provisions*' toegepast in een situatie waarin het toepasselijke buitenlandse recht niet werd bewezen, zoals in *Balmoral v Borealis*.[258]

---

251 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 184.

252 Zie *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ 1394, no. 157.

253 Dicey, Morris & Collins 2012, p. 333.

254 Althans, volgens Dicey, Morris & Collins 2012, p. 334.

255 Dicey, Morris & Collins 2012, p. 334, naar aanleiding van *R v. Naguib* [1917] 1 K.B. 359. In die zaak werd het beroep op buitenlands recht echter gedaan door de verdediging.

256 *Guépratte v Young* (1851) 64 Eng. Rep. 804, op p. 808, waarin werd geoordeeld dat niet aangenomen kan worden dat het Franse recht inzake de 'rights, powers and capacities of married men and their wives' gelijkluidend was aan het Engelse recht. Hoewel in deze zaak niet expliciet wordt overwogen dat het Franse recht niet tot de *common law* behoort, wordt dit er wel door de literatuur in gelezen. Zie Dicey, Morris & Collins 2012, p. 332, Cheshire, North & Fawcett 2008, p. 112, en Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 201. Een vaak aangehaalde (Australische) authority is die van *Damberg v Damberg* [2001] NSWCA 87, waarin het toepasselijke Duitse belastingrecht niet gelijkluidend werd geacht aan het Australische belastingrecht.

257 *Shaker v Al-Bedrawi* [2003] Ch 350 (C.A.) en de daarin genoemde rechtspraak, zoals; *Österreichische Länderbank v S'Élite* [1981] 1 Q.B. 565 en *B.P. Exploration v Hunt* (1980) 47 F.L.R. 317 (Australië).

258 *Balmoral v Borealis* [2006] EWHC 1900 (Comm), waarin de *Queen's Bench Division* van de *High Court of Justice* de *Unfair Contract Terms Act 1977* toepaste. Deze wet implementeert de Richtlijn inzake oneerlijke handelsbedingen.

Een bijzonder geval is de situatie waarin Engelse 'statutes' een territoriaal begrensde reikwijdte hebben.[259] In de zaak *Mother Bertha Music Ltd v Bourne Music Ltd*[260] kwam deze kwestie aan de orde, toen de eiser in de zaak een schadevergoeding eiste op grond van de inbreuken op het auteursrecht door de verweerder. Aangezien deze vermeende inbreuken zich ook buiten het Verenigd Koninkrijk hadden voorgedaan, oordeelde de High Court (Chancery Division) dat voornoemde wet alleen kon worden ingeroepen ten opzichte van auteursinbreuken die zich binnen het Verenigd Koninkrijk hadden voorgedaan. In casu ging het om een bepaling van de Britse *Copyright, Designs and Patents Act 1988*,[261] die voorzag in een remedie voor auteursrechtinbreuken in het Verenigd Koninkrijk. Voor inbreuken die zich elders hadden voorgedaan, kon geen beroep op deze bepaling worden gedaan. Het werd als 'niet realistsich' beschouwd om te vermoeden dat het recht van andere landen een qua inhoud gelijke bepaling kende als de Britse bepaling.

Naast de rechtsfamilie of de rechtsbron kan ook het karakter van de procedure een rol spelen bij de vraag of de 'presumption' kan worden toegepast. Zo wordt aangenomen dat in het geval van een 'summary judgment' het vermoeden niet kan worden toegepast.[262] Dit zal in paragraaf 4.4.5. worden behandeld.

4.4.4 Interpretatie van buitenlands recht

216 Volgens uitlegregels van het vreemde recht

Het vraagstuk van de interpretatie van buitenlands recht is, vanwege de bijzondere processuele status waarbij de partijen de verantwoordelijkheid voor de juiste vaststelling van dit recht dragen, enigszins anders. Vanwege het ontbreken van de verantwoordelijkheid van de rechter om uit eigen beweging vreemd recht toe te passen, komt het in de eerste plaats aan op de 'bewijslevering' door de deskundige. De rechter mag zich wel een oordeel over de juiste uitleg vormen, maar mag daarmee niet verder gaan dan het deskundigenbewijs.[263]

Binnen de kaders van het deskundigenbewijs moet buitenlands recht op dezelfde wijze worden toegepast als de buitenlandse rechter dat zou doen, indien deze laatste over de zaak zou moeten oordelen.[264] Wanneer de juiste interpretatie van vreemd wettenrecht ('foreign statute') niet is komen vast te staan, dan mag de rechter zelf de wettelijke regels interpreteren; partijen mogen daarom zelfs vragen. Ook geldt dat wanneer de juiste interpretatiemethode niet komt vast te staan, de presumptie mag

259 *Mother Bertha Music Ltd v Bourne Music Ltd. 31 July 2007, IIC 1998, 673* [1997] E.M.L.R. 457, inzake de territoriale reikwijdte van de Britse auteursrechtenwetgeving. Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 201-202. In *Balmoral v Borealis* [2006] EWHC 1900 (Comm), par. 428 e.v. lijkt de rechter daarentegen wel een 'extraterritoriale' toepassing van de *Unfair Contract Terms Act 1977* toe te staan.

260 *Mother Bertha Music Ltd v Bourne Music Ltd. 31 July 2007, IIC 1998, 673*[1997] E.M.L.R. 457, p. 491-494.

261 S. 16(1) Copyright, Designs and Patents Act 1988.

262 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 106.

263 Zie ook *Guaranty Trust Company of New York v. Hannay & Co.* [1918] 2 K.B. 623, p. 647.

264 Door Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 182, no. 2.403, wel de 'foreign court theory' genoemd, al is het de vraag of dat in deze context wel de aangewezen term is.

worden toegepast dat vreemde uitlegregels dezelfde zijn als eigen uitlegregels.[265] Bij de interpretatie van vreemd recht wordt veel gewicht toegekend aan vreemde rechterlijke uitspraken, mits die uitspraak is weergegeven in bewijs van 'expert witness'. Dit betekent overigens niet dat rechters zijn gebonden aan vreemde rechtspraak. Indien een uitspraak van een vreemde rechter bijvoorbeeld het recht niet juist weergeeft, hoeft de rechter die uitspraak niet te volgen. Bij onduidelijkheid tussen verschillende uitspraken, is het de Engelse rechter toegestaan om zelf een beslissing te nemen over welke zienswijze hij het meest aangewezen acht. Dit zou zelfs mogen, indien de zaak in de staat van oorsprong nog niet definitief is beslist.[266]

217 Uitzondering?

In de zaak *Boys v Chaplin,*[267] waarin werd geoordeeld dat de berekening van de (omvang van) de schade ('quantification of damages') als een procedurele aangelegenheid werd beschouwd, die niet aan buitenlands recht onderhevig is, ziet Geeroms[268] een uitzondering omdat de rechter niet zover 'in de schoenen' van de buitenlandse rechter zou moeten staan om ook de omvang van de schade vast te stellen zoals die buitenlandse rechter dat zou doen. Die stelling lijkt overigens niet verdedigbaar. Deze zaak lijkt eerder te zien op het probleem van kwalificatie, aangezien de Engelse rechter de vaststelling van de omvang van de schade i.c. als een procesrechtelijke aangelegenheid kwalificeerde, welke immers wordt beheerst door de lex fori.[269] Vanzelfsprekend heeft de Engelse rechter zich met betrekking tot die vraag niet "in de schoenen" van de buitenlandse rechter te plaatsen.

218 Interpretatie wettenrecht

In *MacMillan v. Bishopsgate (no. 4)*[270] heeft de Court of Appeal zich onder meer uitgesproken over de interpretatie van buitenlands wettenrecht door de Engelse rechter. In deze zaak over de toepassing van Amerikaans recht (recht van New York en de *Uniform Commercial Code*) bleek uit het deskundigenbewijs dat er geen Amerikaanse beslissing was te vinden die de betrokken bepalingen van de UCC uitlegde. Om die reden oordeelde de Court of Appeal dat de Engelse rechter zelf kon beoordelen hoe deze bepalingen uitgelegd moeten worden, met inachtneming van het deskundigenbewijs over vreemd recht. Deze interpretatie vindt plaats volgens de Engelse manier van wetsuitleg, tenzij is gebleken dat de vreemde uitlegregels anders zijn dan de Engelse.

---

265 Dicey, Morris & Collins 2012, p. 328, no. 9-018.

266 Dicey, Morrins & Collins 2012, p. 329, no. 9-020.

267 [1971] A.C. 356, 381-382 (HL).

268 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 182, 2.403.

269 Het beginsel van *lex fori regit processum*. Zie, voor het Engelse ipr, Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 73 e.v., m.n. de aldaar in voetnoot 3 opgenomen rechtspraak, en p. 91-96 voor de omvang van de schade.

270 *MCC Proceeds Inc. v. Bishopsgate Investment Trust plc. & Ors.* [1999] CLC 417 (C.A.).

219 Uitleg van door vreemd recht beheerste overeenkomsten

De uitleg van door vreemd recht beheerste overeenkomsten is van een geheel eigen karakter, omdat niet alleen het vreemde recht, maar ook de betrokken rechtshandeling moet worden geïnterpreteerd. Daartoe heeft de House of Lords, bij monde van Lord Cranwort, in *Di Sora v. Phillipps*[271] een "stappenplan" opgesteld: eerst moet het document worden vertaald, vervolgens moeten eventuele 'terms of art' – indien van toepassing – worden verklaard, daarna moet met behulp van deskundigen de inhoud van het toepasselijke recht worden bepaald en tot slot moeten eventuele bijzondere uitlegregels naar vreemd recht worden vastgesteld. [272]

4.4.5 Forum non conveniens

220 Forum non conveniens

Het is de vraag in hoeverre de Engelse rechter de *forum non conveniens*-doctrine mag toepassen in het geval dat sprake is van meer ingewikkelde rechtsvragen van vreemd recht. In het Engelse ipr speelt dit leerstuk een belangrijke rol. In dat recht wordt de bevoegdheid om de zaak aan te houden op grond van *forum non conveniens* ('power to stay actions') gezien als een discretionaire bevoegdheid van de rechter.[273] Deze bevoegdheid wordt desondanks door bepaalde beginselen beheerst.[274] De basisregel is dat een dergelijke uitoefening alleen is toegestaan wanneer de rechter overtuigd ('satisfied') is dat er een ander beschikbaar forum bestaat ('another available forum'), dat bevoegd is om van het geschil kennis te nemen en dit forum ook 'appropriate' is voor het behandelen van de zaak. Dit laatste is het geval wanneer '(…) the case may be tried more suitably for the interests of all parties and the ends of justice'.[275] De 'two stage inquiry' die de rechter moet toepassen, is of er inderdaad een dergelijk beschikbaar forum bestaat dat duidelijk geschikter is en dat de 'requirements of justice' daaraan niet in de weg staan. Mag de rechter de zaak ook naar een vreemde rechter verwijzen, omdat diens recht van toepassing is en deze laatste dus beter in staat kan worden geacht om het geval te behandelen?

221 Rechtspraak

In de rechtspraak is de *forum non conveniens*-doctrine inderdaad aan de orde geweest. De House of Lords heeft in *Trendtex Trading Corporation and Another v Credit Suisse*[276] geoordeeld dat in het geval van de uitleg van overeenkomsten de

271 *Di Sora v. Phillipps* [1863] X H.L.C. 624.

272 *Di Sora v. Phillipps* [1863] X H.L.C. 624, op p. 633, per Lord Cranworth. Ook herhaald in *The Nile Rapsody* [1992] 2 Llyod's Rep. 399, p. 410.

273 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 393-394. Overigens bestaat deze discretionaire bevoegdheid in het Engelse recht nog maar kort, zie Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 393.

274 Dit is de zogenaamde 'Spiliada test', vernoemd naar de zaak waarin zij werden ontwikkeld: *The Spiliada* [1987] A.C. 460. Zie ook *The Nile Rapsody* [1992] 2 Llyod's Rep. 399, p. 409 e.v.

275 *The Spiliada* [1987] A.C. 460, op p. 476.

276 *Trendtex Trading Corporation and Another v Credit Suisse* [1982] A.C. 679.

Zwitserse gerechten beter dan de Engelse in staat waren om de invloed van een mogelijk nietige cessie op een (overig) door Zwitsers recht beheerste overeenkomst als geheel te beoordelen, mede gezien de overige omstandigheden van het geval die op een sterkere verbondenheid met Zwitserland duidden.[277] Overigens was er in deze speicifieke zaak een duidelijke forumkeuze voor de Zwitserse rechter in de overeenkomst opgenomen.

Ook in *The Nile Rapsody*[278] was sprake van de uitleg van een contract dat werd door buitenlands (Egyptisch) recht werd beheerst. Bij de toepassing van de voornoemde beginselen oordeelde de rechter dat de Egyptische rechter het natuurlijke forum ('natural forum') voor de beslechting van dit geschil was. Daartoe voerde hij een aantal argumenten aan. Om te beginnen was sprake van de uitleg van een overeenkomst, die door Egyptisch recht werd beheerst, en werd aangesloten bij de bovengenoemde uitspraak van de House of Lords in *Trendtex*. Daarnaast was er tussen de deskundigen onenigheid over de juiste uitleg van het Egyptische Burgerlijk Wetboek inzake overmacht. Deze uitlegproblemen waren van 'critical importance' voor het Egyptische rechtsstelsel, zodat deze rechtsvragen beter door een Egyptische rechter behandeld kunnen worden. Ook werd geoordeeld dat volgens dat recht een verweer tegen een beroep op overmacht mogelijk was dat het Engelse recht niet kende en was tevens de bewijslevering in Egypte beter gewaarborgd. De zaak werd dusdanig met Egypte verbonden geacht, dat het aangewezen werd geacht om de zaak aan te houden en de Egyptische rechter als *forum conveniens* te beschouwen.

De enkele omstandigheid dat vreemd recht het geval beheerst, zal echter niet steeds doorslaggevend zijn om de *forum non conveniens*-exceptie te kunnen inroepen. Indien het bijvoorbeeld mogelijk is om vreemd recht te bewijzen met deskundigenbewijs, de gevolgen van dat recht waarschijnlijk niet veel anders zullen zijn dan naar Engels recht, en de overige feitelijke of bewijstechnische aspecten met Engeland en Wales zijn verbonden, zal de rechter tot het oordeel kunnen komen dat de vreemde rechter niet beter in staat is dan de Engelse om het geschil te beslechten.[279] Het hangt zodoende af van de omstandigheden van het concrete geval.

4.4.6 Buitenlands recht in bijzondere procedures

4.4.6.1 'Summary judgment'

222 Terughoudendheid in 'summary judgment'-procedures

In zogenaamde 'summary judgment'-procedures kan de toepasselijkheid van buitenlands recht een complicerende factor zijn. Het karakter van deze procedure brengt immers mee dat de behandeling niet al te uitgebreid kan zijn en de fase van de 'trial' achterwege blijft. Het is dan ook de vraag in hoeverre een 'summary

277 *Trendtex Trading Corporation and Another v Credit Suisse* [1982] A.C. 679, op p. 696.

278 *The Nile Rapsody* [1992] 2 Llyod's Rep. 399. Zie ook Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 190.

279 Zie, bijvoorbeeld, het oordeel van de Queen's Bench Division, Admiralty Division, in *Kennedy Paul Saldanha v Fulton Navigation Inc.* [2011] EWHC 1118 (Admlty), no. 18-19.

procedure' zich leent voor de toepassing van buitenlands recht, dat immers, zoals eerder al besproken is, in het Engelse stelsel als een feit bewezen moet worden.

In de rechtspraak is deze vraag een enkele maal aan de orde gekomen. In sommige gevallen is geoordeeld dat 'summary proceedings' niet geschikt zijn voor de beslechting van geschillen die door vreemd recht worden beheerst. Zo geschiedde althans in de uitspraak van de *Court of Appeal* in *National Shipping Corpn Ltd v Arab*.[280] Dat betrof een geval waarin een Pakistaanse onderneming een overeenkomst inzake 'port agency' had gesloten met een 'entity' naar vreemd recht, waarvan het precieze karakter niet duidelijk was (mogelijk betrof het een 'partnership'). Aan de orde was de vraag of de persoon die namens die 'entity' had getekend, persoonlijk aansprakelijk kon worden gehouden voor de verschuldigde som. De eisers verzochten een *summary judgment*, omdat zij van mening waren dat de gedaagde naar Engels recht persoonlijk aansprakelijk was, hetgeen in eerste aanleg (grotendeels) was toegekend. Onduidelijk was of Pakistaans of Saudi-Arabisch recht van toepassing was, maar vaststond dat de zaak door een vreemd rechtsstelsel werd beheerst en dat het bewijs inzake dat vreemde recht niet was geleverd. De eisers gingen ervan uit dat de *presumption of similarity* opgeld deed en de zaak met toepassing van Engels recht kon worden afgedaan. De gedaagde had in hun visie geen 'triable case' (geen 'real prospect'[281]), zodat een *summary judgment* gerechtvaardigd zou zijn.[282] De *Court of Appeal* oordeelde echter dat er in casu complexe vragen van ipr aan de orde waren en dat niet enkel op grond van *affidavits* bewijs over vreemd recht kon worden geleverd.[283] Om die reden betrof het een zogenaamde '*triable issue*', met andere woorden, de zaak voldeed aan het criterium dat sprake was van een '(...) issue or question in dispute that ought to be tried'.[284] Om die reden had de verdachte recht op een 'unconditional leave to defend' en kon deze de kwestie in een 'trial' laten beoordelen.

223 Buitenlands recht niet per definitie uitgesloten?

Hoewel in *National Shipping Corp v Arab* het internationale karakter van het geval volstond om geen 'summary judgment' toe te staan, betekent dit niet dat de toepasselijkheid van een ander recht dan het Engelse per definitie uitgesloten is en steeds sprake zou moeten zijn van een 'triable issue'. Het lijkt op zichzelf niet onmogelijk te zijn dat vreemd recht in een 'summary' procedure wordt vastgesteld met gebruikmaking van 'affadavits'.[285] Dat vreemd recht ook in summary proceedings geen probleem hoeft te zijn, bleek bijvoorbeeld uit het arrest *Edgeworth Capital v Maud*.[286] In dat arrest ging het eveneens om een verzoek om een *summary*

280 [1971] 2 Ll. Rep. 363.

281 *National Shipping Corporation v Arab* [1971] 2 Ll. Rep. 363.

282 *National Shipping Corporation v Arab* [1971] 2 Ll. Rep. 363, op p. 364.

283 *National Shipping Corporation v Arab* [1971] 2 Ll. Rep. 363, op p. 366.

284 Zoals werd vereist door R.S.C., Order 14, r. 3(1). Tegenwoordig is deze test veranderd door het CPR-regime en is het de vraag in hoeverre sprake is van een 'real prospect of succeeding', zie CPR 24.2. Zie hierover *Andrews on Civil Processes* 2013, p. 244-245.

285 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 206.

286 *Edgeworth Capital v Maud* [2015] EWHC 2364 (Comm).

judgment, terwijl Spaans recht het geval beheerste. In dat geval waren er geen experts aangewezen, maar wel hadden de partijen getuigenverklaringen inzake de toepassing van Spaans recht overgelegd. De rechter oordeelde dat hij het weliswaar verleidelijk vond om de kant van een van de partijen te kiezen, maar dat in het geval van buitenlands recht voorzichtigheid geboden is. Dit zou echter niet betekenen dat in het geval van vreemd recht de mogelijkheid van een *summary judgment* per definitie is uitgesloten; als het te beslechten punt eenvoudig is en de regel duidelijk, kan de rechter dienovereenkomstig beslissen.[287] Dit duidt erop dat vreemd recht ook in summary proceedings aan de orde kan komen, maar dat dit, vanwege de praktische moeilijkheid, niet vaak aan de orde zal zijn.

Verder is het mogelijk dat het bewijs van vreemd recht in summary proceedings op andere manieren dan 'affidavits' wordt geleverd. Zo kan gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid die wordt geboden door s. 4(2) van de Civil Evidence Act 1972, namelijk dat wordt aangesloten bij een eerdere procedure waarin de inhoud van het toepasselijke recht al is bepaald.[288]

4.4.6.2 'Default judgment'

224 Geen plicht tot toepassing vreemd recht

In het geval de gedaagde niet komt opdagen, en geen 'acknowledgement of service' door de gedaagde wordt verstuurd, noch een verweer wordt ingediend, is het voor de eiser mogelijk om een zogeheten *default judgment* te verkrijgen. Dit betekent dat er geen 'trial' wordt gehouden[289] en de rechter de vordering zal toewijzen. In zoverre is dan sprake van een administratieve handeling.[290] Of de rechter onderzoek moet onderzoeken of de vordering ook daadwerkelijk toewijsbaar is, is afhankelijk van de vordering die in het geding is. Ingeval het om een geldelijke vordering gaat, kan de rechter deze toewijzen, nadat de eiser een eenvoudige 'request-for-judgment'-procedure heeft gestart.[291] Wanneer de vordering daarentegen niet geldelijk is, of wanneer sprake is van een de specifieke zaken waarvoor dit is voorgeschreven, moet de procedure van Chapter 23 van de CPR worden gebruikt, een zogeheten 'application-for-judgment'-procedure.[292] In dat geval zal de rechter een (hoor) zitting ('hearing') houden en zal deze moeten oordelen of de vordering van de eiser gegrond is. Deze gegrondheid wordt echter op procedurele gronden beoordeeld; de rechtsgrond ('legal foundation') wordt daarbij niet in acht genomen.[293] De conclusie is daarom dat de toepassing van vreemd recht in dat geval niet relevant zal zijn. Dit volgt ook logischerwijs voort uit de omstandigheid dat het inroepen van vreemd

287 *Edgeworth Capital v Maud* [2015] EWHC 2364 (Comm), no. 19-22, per Leggatt J.
288 Vgl. *JSC BTA Bank v Mukhtar Kabulovich Ablyazov* [2013] EWHC 3691 (Ch), no. 72.
289 Rule 12.1. CPR 1998.
290 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.1.
291 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.1. Een partij moet dan gebruik maken van PD 12, para. 3.2., en de formulieren N205A, N205B, N225 en N227. Zie *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.4.
292 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.1.
293 *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.1 en 20.9; *Football Dataco Ltd v Smoot Enterprises Ltd* [2011] EWHC 973 (Ch).

recht een verantwoordelijkheid van (een van de) partijen is. Indien een partij door niet te verschijnen zijn zaak 'opgeeft', zal dat tevens opgaan voor de vraag of hij wellicht naar vreemd recht een gunstiger rechtspositie heeft.

225 Setting aside

Een *default judgment* kan echter door de niet-verschenen gedaagde via een *setting aside*-procedure terzijde worden geschoven.[294] De rechter is daartoe verplicht in de gevallen waarin geen *default judgment* uitgesproken had mogen worden ('judgment was wrongly entered').[295] In de overige gevallen heeft de rechter de bevoegdheid om dat te doen, bijvoorbeeld wanneer de oorspronkelijke gedaagde aannemelijk maakt dat zijn verweer een werkelijke kans van slagen ('real prospect of success') heeft.[296] Deze maatstaf is gelijk aan de maatstaf die wordt gehanteerd om te bezien of een zaak mogelijk geschikt is voor behandeling in *summary proceedings*; het verschil is dat de bewijslast in het laatste geval op de eiser ligt, namelijk om aan te tonen dat er geen 'real prospect of success' is, terwijl deze bij *default judgments* juist op de oorspronkelijke gedaagde ligt.[297] Aangezien het dezelfde maatstaf betreft, kan ook worden aangenomen dat, net als bij summary judgments, de gedaagde zich erop kan beroepen dat zijn verweer bij toepassing van vreemd recht een goede kans van slagen heeft.

4.5 Conflicten- en buitenlands recht in hogere instanties

226 'Fact of a peculiar kind'

Wanneer in hoger beroep wordt geklaagd over de toepassing van buitenlands recht, kan de appelrechter deze klacht behandelen. Engelse appelrechters hebben namelijk de bevoegdheid om de juistheid van de toepassing van vreemd recht te beoordelen.[298]

---

294 R. 13.3(1)(a) CPR 1998.

295 R. 13.2 CPR 1998; zie ook *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.12. In dat geval gaat het o.a. om het nog niet verlopen zijn van de termijn om een 'acknowledgement of service' te versturen of het reeds voldaan zijn van de vordering.

296 R. 13.3(1)(a) CPR 1998; *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.13 en 20.16. Een andere reden is wanneer er een andere goede reden is om het oordeel ter zijde te schuiven dan wel te veranderen, of anderszins de gedaagde de kans te geven zich te verweren, zie r. 13.3(1)(b) CPR 1998 en *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.17.

297 Zo ook *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 20.16.

298 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 310, no. 5.68, onder verwijzing naar *Guaranty Trust Co. of New York v Hannay* [1918] 2 K.B. 623; *Princess Paley Olga v Weisz* [1929] 1 K.B. 718; *A/S Tallinna Laevauhisus v Estonian State Steamship Line* (1947) 80 Lloyd's Rep. 99; *Stafford Allen & Sons Ltd. v Pacific Steam Navigation Co* [1956] 1 Lloyd's Rep. 105; *Adams v National Bank of Greece* [1960] 3 W.L.R. 8; *Evera S.A. Commercial Bank v Bank Line Ltd. (The Glenbank)* [1961] 1 Lloyd's Rep. 231; *Parkasho v Singh* [1968] P. 233; *Dalmia Dairy Industries Ltd v National Bank of Pakistan* [1978] Lloyd's Rep. 223; *The Saudi Prince (No. 2)* [1987] 1 Lloyd's Rep. 1; *Bumper Development Corp v Commissioner of the Police of the Metropolis* [1991] 1 W.L.R. 1362; *Macmillan (or MCC Proceeds) v Bishopsgate* [1999] C.L.C. 417; *Kuwait Oil Tanker Company SAK v Al Bader* [2000] 2 All E.R. (Comm.) 271; *Morgan Grenfell & Co Ltd v SACE* [2001] E.W.C.A. Civ. 1932.

Hoewel ook in appel het principe geldt dat de rechter geen 'judicial notice' van buitenlands recht kan nemen, lijken de 'appellate courts' meer ruimte te hebben om de juist van de toepassing van buitenlands recht te beoordelen. De vraag die zich voornamelijk voordoet, is hoe ver 'appellate courts' daarin mogen gaan.[299]

Illustratief voor de positie van buitenlands recht in appel is de uitspraak van Cairns J in *Parkasho v Singh*:[300]

> '(...) the question of foreign law, though a question of fact, is a question of fact of a peculiar kind and the same considerations do not apply in considering whether and to what extent this court should interfere with the decision of the magistrates, as in the case of the ordinary questions of fact which come before a magistrates' court.'

In dat geval ging het om een oordeel van een *magistrates' court*, een lagere rechtbank in de Engelse rechterlijke organisatie, die moesten oordelen over een klacht inzake 'wilful neglect' van zowel de vrouw als het kind van de man. In die procedure kwam de prealabele vraag op, of de 'magistrates' wel konden oordelen, omdat het huwelijk mogelijk polygaam was. De lagere rechters hadden na het horen van deskundigen geoordeeld dat het huwelijk van de partijen, dat door Indiaas recht werd beheerst, polygaam was en dat dit niet door de Indiase *Hindu Marriage Act 1955* van rechtswege in een monogaam huwelijk was omgezet. De rechters in hoger beroep oordeelden dat de lagere rechters, gezien de 'notes' van het (kruis)verhoor van de twee deskundigen, niet tot hun oordeel konden komen en dit ook niet goed hadden gemotiveerd. Om die reden werd het oordeel van de lagere rechter vernietigd ('set aside') en naar hen terugverwijzing voor 'trial'.

227 Gebondenheid aan bewijs in lagere instantie

Hoewel appelrechters eerder bereid zijn om beslissingen van lagere rechters inzake buitenlands recht aan te tasten dan inzake 'gewone' feiten, neemt dit niet weg dat zij wel gebonden blijven aan het bewijs dat in de lagere instanties door de deskundigen is geleverd. Zij mogen dus geen zelfstandig onderzoek verrichten naar de inhoud van het vreemde recht.[301] Als de appelrechter niet zelf de gelegenheid heeft gehad om vragen te stellen aan een deskundige op het gebied van het buitenlands recht, zal hij niet snel geneigd zijn om het lagere oordeel terzijde te schuiven.[302] Hieruit blijkt wederom de bijzondere positie die de fase van de 'trial' inneemt in het Engelse burgerlijk geding.

Een dergelijke neiging om gemakkelijk te interveniëren in een aangelegenheid van buitenlands recht kan worden gevonden in *MacMillan v. Bishopsgate (no. 4)*.[303] In die zaak herhaalde de Court of Appeal het bekende oordeel uit *Parkasho v. Singh*, namelijk dat de vaststelling van buitenlands recht door de 'trial judge' feitelijke

299 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 310-311.
300 *Parkasho v Singh* [1966] P. 233, p. 250.
301 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 202.
302 Dicey, Morris & Collins 2012, p. 322, no. 9-010.
303 *MCC Proceeds Inc. v. Bishopsgate Investment Trust plc. & Ors.* [1999] CLC 417 (C.A.), op p. 424 (no. 22).

vaststellingen zijn, maar het wel feiten van een bijzondere aard betreft ('*fact of a peculiar kind*'). Ingeval de buitenlandse uitlegregels van wetten niet duidelijk zijn, mag de rechter de Engelse methode van wetsuitleg hanteren. Interessant is dat de Court of Appeal verder oordeelde dat een dergelijke 'finding' van de lagere rechter als een rechtsvraag, een 'issue of law', zal worden beschouwd, omdat het een kwestie van 'statutory interpretation' betreft. De Court of Appeal achtte zichzelf gerechtigd en verplicht ('entitled and bound') om zijn eigen visie op de wetsuitleg te vormen binnen het feitelijke kader dat in lagere instantie tot stand was gekomen.

228 Bijzondere instanties

Sommige appelinstanties hebben meer mogelijkheden dan andere om zich uit te spreken over buitenlands recht.[304] Zo kan de *UK Supreme Court* – of diens voorgangers, de *House of Lords*[305] – 'judicial notice' nemen van Schots en Noord-Iers recht.[306] Aangenomen wordt dat de *Judicial Committee* van de *Privy Council* hetzelfde doen voor het recht van de staten die binnen zijn jurisdictie vallen, al lijkt de *Privy Council* zelf deze vraag open te hebben gelaten.[307]

4.6 Toepassing van het recht door arbiters

229 Vragen van toepasselijk recht

Wanneer een internationaal geschil ter beslechting voorligt aan een of meer arbiters, komt daarbij een aantal problemen inzake het toe te passen materiële recht aan bod. Ten eerste is het de vraag, aan de hand van welke beslissingsmaatstaf het geschil moet worden beslecht. Wanneer een geschil moet worden beoordeeld aan de hand van het recht – en bijvoorbeeld niet *ex aequo et bono* – komt daarna de tweede vraag aan de orde, welk recht van toepassing wordt geacht op het materiële geschil. Ten derde komt de vraag aan de orde, hoe dit recht moet worden vastgesteld. Tot slot komt de vraag op, of de overheidsrechter enigerlei invloed kan uitoefenen op de toepassing c.q. de uitleg van het toepasselijke recht door een scheidsgerecht.

Voor wat zowel de eerste als de tweede vraag betreft, schrijft de Engelse *Arbitration Act 1996*[308] voor welk recht c.q. welke beslissingsmaatstaf van toepassing is op het materiële geschil. Dit betreft in de eerste plaats het door partijen zelf gekozen recht.[309] Wanneer partijen echter een rechtskeuze uitbrengen, behelst deze

---

304 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 201-202.

305 Door de inwerkingtreding van sections 23 e.v. van de *Constitutional Reform Act 2005* c. 4 is de House of Lords vervangen door de UK Supreme Court. Deze wijziging heeft zich op 1 oktober 2009 bij order van de Lord Chancellor (section 2(a) van *The Constitutional Reform Act 2005 (Commencement No. 11) Order 2009/1604*).

306 Voor de *House of Lords*, zie o.a. *Elliot v Joicey* 1935 S.C. (H.L.) 57, op p. 68. Voor de *UK Supreme Court*, zie *Serious Organised Crime Agency v Perry* [2012] UKSC 35, in no. 101 per Lord Reed. Zie ook Dicey, Morris & Collins 2012, p. 320-321, no. 9-007.

307 *Oakley v Osiris Trustees Ltd* [2008] UKPC 2, no. 40; zie Dicey, Morris & Collins 2012, p. 321, no. 9-007.

308 1996 c. 23.

309 S. 46(1)(a) Arbitration Act 1996.

slechts het materiële recht en niet de conflictregels.[310] Als er geen rechtskeuze door partijen is uitgebracht of geen overeenstemming tussen hen is bereikt, wordt het geschil beheerst door het recht dat wordt aangewezen door conflictregels, waarvan het tribunaal meent dat zij van toepassing zijn.[311] Ook is het mogelijk dat, wanneer partijen daartoe althans toestemming geven, het geschil wordt beslecht met door hen gekozen of door het tribunaal bepaalde '*considerations*' die niet juridisch van aard zijn.[312]

Ten aanzien van de derde vraag, lijkt de arbitragewet aan het scheidsgerecht een ruime discretie toe te kennen om het initiatief te nemen bij de vaststelling van de feiten en het recht. De vaststelling van die proceselementen wordt immers als een 'procedural and evidential matter' beschouwd, dat op grond van s. 34(1) Arbitration Act 1996 tot de bevoegdheid van het scheidsgerecht behoort.[313] Dit is slechts anders wanneer de partijen anders zijn overeengekomen.

De voornoemde bepaling laat het scheidsgerecht op het eerste gezicht een ruime mate van discretie om ook het toepasselijke recht zelf te mogen bepalen. Het arbitrale tribunaal heeft de mogelijkheid om 'experts', 'legal advisors' of 'assessors' te benoemen, tenzij de partijen anders zijn overeengekomen.[314] Terwijl de 'assessors' voornamelijk bedoeld zijn voor bijstand in technische aangelegenheden, hebben de 'experts' en 'legal advisors' tot taak aan zowel het tribunaal als partijen verslag uit te brengen ('to report to it and to the parties'). Deze mogen bij de procesgang aanwezig zijn.

230 Vrijheid van arbiters

Arbiters hebben op grond van de Arbitration Act 1996 dus een bepaalde vrijheid om het toe te passen recht te bepalen, voor zover partijen aan hen die vrijheid laten. Het is echter de vraag of deze vrijheid in de praktijk ook zo ruim is als de wettekst op het eerste gezicht lijkt te suggereren. Zelfs als arbiters de bevoegdheid hebben om zelfstandig de inhoud van het toepasselijke recht te achterhalen, moeten ze daarbij wel rekening houden met de zienswijze van de partijen.

Dit bleek uit de uitspraak van de Queen's Bench in *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co*.[315] In deze zaak, waarin het om een door Saoedisch recht beheerste overeenkomst ging, werd door het arbitrale tribunaal een expert op het gebied van dat recht benoemd. In de vernietigingsprocedure kwam de vraag aan de orde, of sprake was van '*serious procedural irregularities*',[316] aangezien het tribunaal a) een onderzoek naar de inhoud van Saoedisch recht hand ingesteld door een deskundige te benoemen, zonder evenwel de procespartijen daarbij te betrekken, en b) met de betreffende deskundige had overlegd over diens rapport in

310 S. 46(2) Arbitration Act 1996.

311 S. 46(3) Arbitration Act 1996.

312 S. 46(1)(b) Arbitration Act 1996. Zie ook *Republic of Equador v. Occidental Exploration and Production Co.* [2005] EWCA Civ. 1116; [2006] 2 W.L.R. 70, op p. 93.

313 S. 34(1) jo. 34(2)(g) Arbitration Act 1996.

314 S. 37 Arbitration Act 1996.

315 *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co.* [2000] C.L.C. 1243 (Q.B.). Zie over deze zaak ook Abdel Wahab 2015, p. 11-12.

316 S. 68(2) Arbitration Act 1996.

de afwezigheid van partijen en het rapport daarnaast nog vragen beantwoordde die aan het tribunaal zijn voorbehouden.

De Queen's Bench kwam tot het oordeel dat in dit geval inderdaad sprake was van 'irregularities'. Met betrekking tot het onderzoek naar Saoedisch recht werd geoordeeld door Thomas J.:[317]

> 'In my view the correct course to have been followed by the tribunal was to have asked the parties whether there were any points where the law of Saudi Arabia differed from the law of England and Wales or to have itself raised with the parties specific points on which they might need assistance. Certainly it would have been better if the tribunal had sought the views of the parties on the issues raised before instructing Dr Al-Qasem and discussed with the parties the terms in which he should be instructed.'

Het feit dat de arbiters in dit specifieke geval de partijen buiten het onderzoek houden gehouden, werd daarmee als een onregelmatigheid gezien.

Het gegeven dat section 46(1)(a) Arbitration Act 1996 voorschrijft dat het tribunaal het geschil beoordeelt volgens het door partijen gekozen recht op het materiële geschil, brengt niet mee dat deze bepaling – en dus de vaststelling van het toepasselijke recht – een dwingend karakter krijgt voor een arbitraal tribunaal dat zitting heeft in Londen. Een andere uitleg zou volgens Thomas J. tot gevolg hebben dat er veel extra kosten worden besteed aan het vaststellen van het toepasselijke, buitenlandse, recht.[318] Omdat partijen in casu echter veel ruimte aan het tribunaal hadden gelaten, kon dit echter geen 'irregularity' opleveren.

Wel was er sprake van 'irregularities' in de wijze waarop het tribunaal de betreffende deskundige had gehoord. Dit was gebeurd zonder partijen daarvan op de hoogte te stellen, ook niet achteraf, en is slechts tijdens het kruisverhoor van de deskundige aan de orde gekomen. Deze handelswijze viel '(…) below the standards ordinarily to be expected of arbitrators' en was dus te beschouwen als een onregelmatigheid ('irregularity').[319] Het was echter niet ernstig genoeg om als een 'serious procedural irregularity' te worden gezien, aangezien de betreffende partij dan een 'substantial injustice' geleden moet hebben. De Queen's Bench oordeelde dat daarvan geen sprake was.[320]

231 Fact doctrine

Wanneer het oordeel van de Queen's Bench nader wordt bekeken, volgt hieruit dat de traditionele Engelse opvatting volgens welke het vreemde recht als een 'feit' moet worden beschouwd ook in arbitrale gedingen dominant is. Zo legde Thomas J. de nadruk op de omstandigheid dat de partijen in hun stellingen niet naar Saoedisch

317 *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co.* [2000] C.L.C. 1243 (Q.B.), op p. 1257, no. 43 (Thomas J).

318 *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co.* [2000] C.L.C. 1243 (Q.B.), op p. 1257, no. 42 (Thomas J).

319 *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co.* [2000] C.L.C. 1243 (Q.B.), op p. 1258, no. 46 (Thomas J).

320 *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co.* [2000] C.L.C. 1243 (Q.B.), op p. 1259-1260, no. 48-51 (Thomas J).

recht hadden verwezen, en dat de arbiters, wanneer zij het punt niet zelf aanroeren noch de partijen naar vreemd recht verwijzen, mogen uitgaan van het vermoeden dat vreemd recht gelijk is aan het Engelse recht.[321] Dit betekent dat het onderscheid 'eigen recht' versus 'vreemd recht' ook in arbitage wordt gemaakt. Deze indruk wordt bevestigd door de controle die de overheidsrechter kan uitoefenen op het arbitrale vonnis. Deze controle door de overheidsrechter op arbitrale vonnissen is in section 66 e.v. van de *Arbitration Act 1996* te vinden. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen de toepassing van het Engelse recht en het vreemde recht. In het geval een 'vreemd' recht is toegepast, kan de controle van de overheidsrechter op het arbitraal vonnis zich slechts uitstrekken tot de algemene regels inzake de vernietigbaarheid van vonnissen. Een beroep op 'lack of substantive jurisdiction' in de zin van s. 67 Arbitration Act 1996 als grond voor vernietiging is niet mogelijk wanneer het scheidsgerecht het door partijen gekozen vreemde recht onjuist heeft toegepast.[322] Wel kan een partij een arbitraal vonnis laten vernietigen op grond van een 'serious procedural irregularity',[323] zoals in de hiervoor besproken zaak *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co*.[324] Daarvoor is het opzettelijk niet in acht nemen ('conscious disregard') van bepalingen van vreemd recht wel noodzakelijk, maar niet voldoende.[325]

232 Appeal on points of law

Indien het arbitrale tribunaal daarentegen niet het 'vreemde' recht maar het Engelse recht heeft toegepast, kunnen de partijen een 'appeal on points of law' instellen.[326] Deze mogelijkheid houdt in dat de overheidsrechter het vonnis kan vernietigen wegens de onjuiste toepassing van het recht. Partijen kunnen deze mogelijkheid echter uitsluiten.[327] Wanneer partijen zijn overeengekomen dat het scheidsgerecht zijn oordeel niet hoeft te motiveren, wordt dit opgevat als het uitsluiten van de mogelijkheid van 'appeal'. Ook dient er ofwel toestemming van de rechter te zijn om een dergelijk beroep in te stellen, ofwel instemming van de andere partijen.[328] Het verlof van de rechter mag alleen worden gegeven onder bepaalde voorwaarden. Ze moeten de rechten van een of meer partijen aanmerkelijk zijn geraakt en moet de betrokken vraag uitdrukkelijk aan het scheidsgerecht zijn voorgelegd. Verder moet

321 *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co.* [2000] C.L.C. 1243 (Q.B.), op p. 1257, no. 42 (Thomas J)

322 *B. v. A. (Arbitration: Chosen Law)* [2010] EWHC 1626 (Comm) [2011] Bus. L.R. D113, onder verwijzing naar *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA* [2005] UKHL 43 [2006] 1 AC 221.

323 S. 68 Arbitration Act 1996.

324 *Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co.* [2000] C.L.C. 1243 (Q.B.). Zie over deze zaak ook Abdel Wahab 2015, p. 11-12.

325 *B. v. A. (Arbitration: Chosen Law)* [2010] EWHC 1626 (Comm) [2010] 2 C.L.C. 1, onder verwijzing naar *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA* [2005] UKHL 43 [2006] 1 AC 221.

326 S. 69 Arbitration Act 1996.

327 S. 69(1) Arbitration Act 1996. Een overeenkomst volgens welke het arbitraal vonnis niet gemotiveerd hoeft te worden ('agreement to dispense with reasons for the tribunal's award') valt daar ook onder.

328 S. 69(2) Arbitration Act 1996.

de beslissing van het gescheidsgerecht ofwel apert onjuist zijn ('obviously wrong'), ofwel een publiek belang ('general public importance') raken en moet er inzake het oordeel van het tribunaal serieuze twijfel bestaan. Ook moet het 'proper in all circumstances' zijn dat de rechter, in weerwil van de arbitrageovereenkomst, zich over de vraag uitlaat. De mogelijkheid ziet slechts op Engels recht en niet op vreemd recht, aangezien het laatste als een feit wordt beschouwd.

4.7 Toepassing van het recht in non-contentieuze aangelegenheden

233 Bijzonderheden van het Engelse stelsel

Vooropgesteld kan worden dat het begrip 'buitengerechtelijk' in het Engelse recht een andere invulling krijgt dan dit gebruikelijk is in continentaal Europa. Het begrip 'gerechtelijk' in de zin van 'judicial' wordt meestal begrepen als betrekking hebbend op het systeem van de 'ordinary courts of law'. Tribunalen die niet tot dat systeem horen, de zogenaamde 'tribunals', en die veelal zijn ingesteld voor de beoordeling van de naleving van een bijzondere wet,[329] worden daarom wel als 'extra-judicial' gezien.[330] Deze procedures zijn echter contentieus van aard in de zin die daaraan in deze studie wordt toegekend en vallen daarom buiten het bestek van deze paragraaf.

Dat het begrip 'non-contentieus' of 'buitengerechtelijk' in het Engelse begrip minder ontwikkeld is, komt deels doordat de aard van de betrokken rechten, namelijk of deze disponibel of indisponibel zijn, in mindere mate een rol speelt dan in continentale stelsels. In het Engelse systeem wordt daarentegen bezien of de betrokken conflictregel zelf van dwingende aard is ter rechtvaardiging van de verplichte introductie van buitenlands recht, en niet zozeer op grond van de betrokken (subjectieve) rechten.[331] Om deze reden zal het onderscheid tussen concentieuze en non-contentieuze procedures, en in het algemeen de aard van het procesrechtelijke stelsel, een minder grote rol spelen bij het bepalen de status van conflicten- of vreemd recht.[332]

4.7.1 Voluntaire jurisdictie

234 Praktisch geen verschil

In gevallen van "vrijwillige rechtspraak", als dat in het Engelse recht al zo genoemd kan worden, lijken er geen noemenswaardige verschillen te bestaan met de behandeling van conflicten- en vreemd recht in contentieuze zaken. In familiezaken geldt immers Rule 23.7. van de FPR, die, net als de tegenhanger daarvan in de CPR, voorschrijft hoe een partij moet handelen wanneer zij zich op buitenlands recht wil beroepen en de inhoud van dat recht conform de *Civil Evidence Act 1972* wil bewijzen. Deze regelt veronderstelt in

329 Zoals de Employment Tribunals Act 1996 c. 17.

330 In de zin dat zij geen deel van de 'ordinary courts of law' uitmaken, zie Jacob, *The Fabric* 1987, p. 39.

331 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 119, 271-272 en 294-295.

332 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 267.

beginsel dus dat ook in dergelijke zaken het aan partijen is om het toepasselijke recht in te roepen en de inhoud daarvan als een feit te bewijzen. Voor zover daaronder ook niet-contentieuze zaken vallen, is de consequentie dat in die situaties de regels inzake bewijs van vreemd recht van overeenkomstige toepassing zijn.

Desondanks zijn er wel rechterlijke uitspraken in zaken met een 'voluntair' karakter, waarin de rechter uit eigen beweging de vraag naar buitenlands recht aan de orde stelde. Zo ook in de recente zaak *In re F, M (Children) (Thai Surrogacy: Enduring Family Relationships*).[333] In deze zaak ging het om het ouderschap van een via draagmoederschap in Thailand geboren tweeling. Een paar van gelijk geslacht dat de overeenkomst met de draagmoeder had gesloten, verzocht de rechter om tot de juridische ouders van het kind te worden benoemd (een zogeheten 'parental order'[334]). Tijdens de '*directions hearing*' stelde de rechter over de juridische status van draagmoederschap in Thailand en de veranderde wetgeving in Thailand op dat gebied. De rechter deed dit op grond van Part 13 van de FPR. De verzoekers hadden deze kwestie in hun 'statement of case' al besproken en een 'notarised memorandum' overgelegd van een jurist van een in Thailand opererend advocatenkantoor. Op grond van deze legal opinion werd geoordeeld dat de Thaise wetgeving commmerciële draagmoederschap inmiddels verbiedt, maar dat de partijen ten tijde van het handelen er ter goeder trouw vanuit mochten gaan dat het niet illegaal was. In dit geval ging de Family Division van de High Court of Justice dus uit van een eenzijdig ingebrachte legal opinion. Dit wordt hoogstwaarschijnlijk verklaard door de aard van de zaak.

235 Probate

Onder omstandigheden kan ook een *probate*-zaak, waarin de rechter nagaat of de uiterste wilsbeschikking van de overledene geldig is, als non-contentieus worden beschouwd, namelijk wanneer de betrokken partijen daarover overeenstemming hebben bereikt. Voor die situaties zijn er bijzondere procesregels opgesteld, de zogeheten 'Non-Contentious Probate Rules 1987'.[335] In het geval dat buitenlands recht van belang is, en de inhoud daarvan moet worden vastgesteld, geeft Rule 19 een eigen regeling voor de *registrar* of *district judge*. Deze mag op twee manieren het bewijs goedkeuren. Ten eerste kan dit zijn door de overlegging van een 'affidavit' door eenieder die in voldoende mate gekwalificeerd ('suitably qualified') is voor het leveren van deskundigenbewijs. Vereist is dan wel dat de bijzonderheden die blijk geven van diens kennis en ervaring in de affidavit zijn opgenomen. Ten tweede kan een certificaat van een notaris of een ten overstaan van hem opgestelde akte volstaan om de inhoud van een vreemd rechtsstelsel te bewijzen. De voorwaarde is dan wel dat de notaris zijn praktijk in de betreffende staat uitoefent.[336]

333 [2016] EWHC 1594 (Fam); [2016] 4 W.L.R. 126 (Russell J.).

334 Zie FPR r. 13.1(2).

335 Non-Contentious Probate Rules 1987/2024, waaraan de Non-Contentious Probate Rules 1954/796 vooraf zijn gegaan.

336 R. 19 Non-Contentious Probate Rules 1987.

Onder de oude Rules was dit echter niet zo eenvoudig, aangezien Rule 18 voorschreef dat dergelijke affidavits geaccepteerd konden worden indien zij afkomstig waren van een (voormalige) solicitor of barrister uit dat land en die bekend was met het recht van die staat, tenzij deze persoon bij de zaak was betrokken.[337] Vanwege de inwerkingtreding van de Civil Evidence Act 1972, die in section 4(1) flexibeler omging met de kwalificaties van de deskundige, werd dit vereiste door middel van een Practice Direction ook onder de oude Rules versoepeld.[338]

4.7.2 Buitengerechtelijke autoriteiten

236 Begrip 'buitengerechtelijke autoriteit'

Voor wat betreft de toepassing van buitenlands recht door niet-gerechtelijke autoriteiten, kan worden vooropgesteld dat dit begrip in het Engelse recht niet zo duidelijk omlijnd is als in continentaal-Europese stelsels. Dit heeft voor een groot gedeelte te maken met de omstandigheid, dat in Engeland het bestuursrecht, en daarmee de bestuursrechtelijke rechtsbescherming, gedurende langere tijd niet zo ontwikkeld was als in de rest van Europa.[339] Pas na de Tweede Wereldoorlog is de welvaartsstaat opgekomen, en hebben zich ook in Engeland en Wales ontwikkelingen voorgedaan, waardoor burgers ook op een andere manier rechtsbescherming konden krijgen. Deze rechtsbescherming werd geleverd door zogenaamde 'statutory tribunals', bijzondere tribunalen die niet tot de gewone rechterlijke macht ('ordinary courts of law') werden gerekend, maar ook niet tot de administratie.[340]

De hiervoor al kort besproken 'tribunals' spelen een belangrijke rol in het proces van 'judicial review' van besluiten van bestuursorganen. Zo speelt het vreemde recht soms een rol bij het toekennen van een verblijfsvergunning, bijvoorbeeld wanneer het een aanvrager zich beroept op het huwelijk met een persoon die reeds een verblijfsrecht heeft. De huwelijkssluiting kan dan worden getoetst aan de vereisten van het vreemde recht, zoals gebeurde in de *Kareem*-zaak.[341] In deze zaak ging het om een Nigeriaanse man die in Nigeria een huwelijk met de handschoen ('proxy marriage') met een Nederlandse vrouw had gesloten. Omdat hij aldus getrouwd met een EER-onderdaan, verzocht hij om een verblijfsstatus in het Verenigd Koninkrijk. De vraag rees of deze vereisten naar Nigeriaans of naar Nederlands recht moest worden beoordeeld. Het verzoek werd uiteindelijk afgewezen, omdat niet gebleken was dat het huwelijk ook naar Nederlands recht, als het nationale recht van de EER-onderdaan, als geldig zou worden beschouwd.[342] Hieruit volgt dat van verzoekers wordt verwacht dat zij het vreemde recht 'bewijzen'.

---

337 Zoals een potentieel gerechtigde of diens vertegenwoordiger ('attorney'), of diens echtgenoot. Zie R. 18 Non Contentious-Probate Rules 1954.

338 *Practice Direction (Foreign Law: Affidavit)* [1972] 1 W.L.R. 1433.

339 Jacob, *The Fabric* 1987, p. 40-42. Jacob wijst erop dat dit te maken had met Dicey's concept van de 'rule of law', zie Jacob, *The Fabric* 1987, p. 40.

340 Aldus ook Jacob, *The Fabric* 1987, p. 39.

341 *Saheed Gbadebo Kareem v Secretary of State for the Home Department* [2014] UKUT 00024 (IAC).

342 Dit oordeel is later wat de ipr-redenering aangaat 'overruled' door de Court of Appeal in *Albert Awuku v Secretary of State for the Home Department* [2017] EWCA Civ 178.

237 General Registration Office

De 'burgerlijke stand', als deze al zo genoemd kan worden, is in Engeland te vinden in de vorm van de *General Registration Office*. Deze dienst is verantwoordelijk voor de meest basale registraties, zoals huwelijk, geboorten en overlijden. Zij lijkt qua functie het meest op de in Nederland bekende BRP. Voor zover bekend zijn er geen *authorities* waarin de toepassing van een vreemd recht door een dergelijke 'registration officer' als zodanig aan de orde is gekomen.[343] Zelfs indien dat het geval zou zijn, kan hoogstwaarschijnlijk dezelfde conclusie worden getrokken als bij de verblijfsvergunningen: de partij die daarbij belang heeft, zal moeten kunnen aantonen dat het door haar gewenste rechtsgevolg ook daadwerkelijk door dat recht aan haar wordt verleend. In het geval van onenigheid kan alsnog bezwaar bij een *tribunal* worden aangetekend en daarna bij een 'ordinary court of law', zodat in die fase het bewijs van buitenlands recht alsnog aan de orde kan komen.

238 Solicitors en scrivener notaries

Voorts kent het Engelse rechtsstelsel in beginsel geen notarissen zoals deze in continentale rechtsstelsels wel bekend zijn.[344] De werkzaamheden van de continentale notaris worden grotendeels verricht door *solicitors*.[345] Een uitzondering daarop is de zogenaamde *notary public*, maar deze heeft een andere functie heeft dan de 'Latijnse' notaris. Zo zouden zij zich niet zozeer met de inhoudelijke aspecten van het notariële werk bezighouden, maar eerder met activiteiten als legalisatie.[346] De solicitors, die wel de inhoudelijke werkzaamheden verrichten, kunnen daarentegen geen akten opmaken met kracht van authenticiteit.[347]

Op dat uitgangspunt bestaat echter een uitzondering in de vorm van een onbekende en relatief marginale beroepsgroep: de *scrivener notaries*. Deze juridische beroepsgroep is al eeuwen oud, maar in die jaren zeer onbekend gebleven. Haar werkzaamheden concentreren zich in de City of London en richten zich op de internationale praktijk, waarbij officiële documenten moet worden vertaald, niet alleen taalkundig maar ook juridisch, zodat zij in civil law-landen gebruikt kunnen

---

343 In sommige zaken, zoals *R v. Brentwoord Superintendant Registrar of Marriages Ex p. Arias* [1968] 3 W.L.R. 531, wordt wel geïmpliceerd dat de ambtenaar uit eigen beweging vreemd recht had toegepast. Of de ambtenaar dit daadwerkelijk heeft gedaan, is vaak niet duidelijk. Dit soort gevallen komen meestal bij de rechter terecht als de ambtenaar op basis van vreemd recht al heeft geweigerd om een bepaalde handeling te verrichten. De verzoeker vraagt vervolgens de rechter om door middel van een 'order of mandamus' de ambtenaar te bevelen de handeling alsnog te verrichten.

344 Dit werk wordt voor een deel gedaan door solicitors. Zie over notaries in het algemeen, G. Shaw, 'Notaries in England and Wales: modernising a profession frozen in time', *International Journal of the Legal Profession* 2000, afl. 2, p. 141-155.

345 Zie Shaw, *International Journal of the Legal Profession* 2000, p. 143-144: de zogenaamde 'provincial notaries', namelijk degenen die buiten de City of London zijn gevestigd, zijn meestal primair 'solicitors'. Zie ook Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019/32.3.

346 Zie Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019/32.3.

347 Zie Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019/32.3.

worden.[348] De *scrivener notaries* functioneren als 'lawyer-linguists'[349] en beheersen naast het Engels tenminste een andere taal. Verder – en dit is voor het onderhavige onderwerp zeer interessant – zijn zij ook bekend met het recht van een vreemde staat. Blijkens *rule* 27 van de 'Scrivener Qualification Rules 1998' moet een *scrivener notary* geëxamineerd zijn in het recht van een staat dat relevant is voor de notariële praktijk:

> 'Any person wishing to qualify for practice as a Scrivener Notary is (except as otherwise provided by these Rules) required to pass (a) the examination set by the Company in foreign law relevant to notarial practice referred to in rule 4 and as specified in Schedule 3 to these Rules, and (b) the foreign language examinations and the examination in advanced notarial practice set by the Company referred to in rule 3 and as specified in Schedules 4 and 5 to these Rules.'

Uit het werk en de structuur van de *scrivener notaries* blijkt dat hun werkzaamheden zich juist op de internationale rechtspraktijk richten. In de rechtspraak is echter geen verwijzing naar deze beroepsgroep te vinden. Dit kan echter worden verklaard door het gegeven dat de functie van de *scrivener notaries* er vooral op is gericht om in Engeland en Wales opgemaakte documenten bruikbaar te maken voor gebruik in civil law landen. Feitelijk faciliteren zij dus de 'export' van akten. Het is daarom niet waarschijnlijk dat deze documenten de inzet zullen zijn van in Engeland en Wales geëntameerde procedures.

Het voorbeeld van de *scrivener notaries* laat goed zien hoe op een eigen wijze met het probleem van buitenlands recht kan worden omgegaan. Aan de betrokken beroepsbeoefenaar – rechtstoepasser – worden eisen gesteld aan de rechts- en taalkennis van een rechtsstelsel dat voor de notariële praktijk relevant is, eventueel ook 'stages' bij kantoren in het betreffende rechtsstelsel worden toegestaan, en mogelijk ook goede contacten met dergelijke corresponderende kantoren bestaan. Zo wordt het probleem van de kennis opgelost door eerst het aantal relevante rechtsstelsels geografisch te beperken en vervolgens kennis van dat recht te verkrijgen door zich daarin te kwalificeren. Vanzelfsprekend speelt ook het gegeven dat de praktijk van de *scrivener notaries* beperkt is, en de vereiste rechtskennis dus ook beter geselecteerd kan worden.

4.8 Conclusie

239 Conclusie

Uit het voorgaande is gebleken, dat de toepassing van buitenlands recht in het Engelse burgerlijk geding vooral een feitelijke aangelegenheid betreft. De partij, die zich op vreemd recht beroept, heeft dat te stellen en te bewijzen als een feit, normaliter met behulp van deskundigen. Weliswaar hebben de *Woolf reforms* de bewijslevering door deskundigen wat 'versoepeld', maar vooralsnog lijkt in het geval

348 Zie Shaw, *International Journal of the Legal Profession* 2000, p. 143-145, en Melis/Waaijer, *De Notariswet* 2019/32.3.

349 Blijkens de website van de 'Society of Scivener Notaries', http://www.scrivener-notaries.org.uk/ (geraadpleegd 29 juni 2020).

van buitenlands recht de gebruikelijke manier van bewijslevering in de praktijk nog wel te worden gebruikt. Ook zijn er welk enkele uitzonderingen op het uitgangspunt van door partijen aangevoerd bewijs, maar die zien vaak op zeer specifieke aangelegenheden.

In het geval er van de inhoud van buitenlands recht niet voldoende bewijs is overgelegd, gaat men er van oudsher vanuit dat het buitenlandse recht gelijk is aan het Engelse. Hoewel deze zogenaamde 'presumptie' aan discussie onderhevig is en daarover nog geen uitsluitsel bestaat, lijkt dit vermoeden nog niet uit het Engelse recht te zijn verdwenen.

In hogere instanties heeft het buitenlandse recht weliswaar nog steeds de status van feit, maar Engelse appelrechters lijken eerder bereid om een oordeel van een lagere rechter aan te tasten vanwege een onjuiste toepassing van buitenlands recht, dan het geval is met andere feiten. Wel moeten ook de appelrechters zich houden aan het geleverde bewijs in eerste instantie.

Interessant is verder dat bij de toepassing van het eigen recht de Engelse rechter eveneens een voorkeur heeft voor een *adversarial debate*. De Engelse rechters kennen weliswaar hun eigen recht, maar dat wil niet zeggen dat zij het behoeven te kennen als de raadslieden van partijen in gebreke blijven de juiste 'authorities' aan te halen. Zij mogen de 'counsel' wijzen op een gebrek in de juridische argumentatie van hun stellingen, maar hebben daartoe geen plicht. Bovenal geldt dat het principe van *audite et alterem partem* moet worden gehonoreerd en partijen niet mogen worden verrast.

5. DE EUROPESE DIMENSIE VAN IURA NOVIT CURIA

5.1 Inleiding

240 Supranationale en internationale invloeden

In dit hoofdstuk komt de Europese dimensie van het adagium *iura novit curia* aan bod. In dat kader kunnen twee constateringen worden gedaan. Ten eerste bevindt de vraag naar de processuele status van conflicten- en buitenlands recht zich op het grensvlak van internationaal privaatrecht en burgerlijk procesrecht. Om die reden zijn, naast de internationaal-privaatrechtelijke ratio, ook de uitgangspunten en beginselen van het procesrecht van belang. Daartoe behoort ook het gegeven dat het EVRM veel invloed uitoefent op het nationale procesrecht, voornamelijk – maar niet uitsluitend[1] – het in art. 6 van dat Verdrag opgenomen recht op een eerlijk proces. Ten tweede is de grondslag voor de unificatie van ipr in Europees verband sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam onderdeel geworden van het Gemeenschapsrecht en, sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon,[2] van het Unierecht. Dit betekent dat een aantal conflictregels is vervat in instrumenten van secundair Unierecht en daarom onder de bredere paraplu van het Unierecht valt, met inbegrip van de daarbij behorende beginselen, zoals de 'nuttig effect'-doctrine en het beginsel van procesautonomie van lidstaten.

241 EVRM en EU

Bij de vraag naar de Europese dimensie van *iura novit curia* spelen dus twee verschillende normencomplexen een rol: het stelsel van het EVRM en het recht van de Europese Unie. De uit deze normencomplexen voortvloeiende vereisten zullen worden besproken en hun relevantie voor het in deze studie behandelde onderwerp zal tegen het licht worden gehouden. Daarbij dient in het achterhoofd te

---

1 Zo kunnen ook andere, meer materiële normen, eisen stellen aan het nationale stelsel van burgerlijk procesrecht c.q. het formele privaatrecht. Vgl. de uitspraak waarin het EHRM heeft geoordeeld dat de strikte termijnen voor de gerechtelijke vaststelling van het vaderschap naar Cypriotisch recht strijdig zijn met art. 8 EVRM (EHRM 20 december 2007, no. 23890/02, *EHRC* 2008/38, m.nt. F.M.J. den Houdijker (*Phinikaridou/Cyprus*).

2 Verdrag van Lissabon tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de Europese Gemeenschap, 13 december 2007, *PbEU* 2017, C 306/1.

worden gehouden dat, hoewel beide normencomplexen wel onderscheiden kunnen worden, zij echter in werkelijkheid moeilijk te scheiden zijn. Art. 6 lid 3 VEU bepaalt immers dat de in het EVRM gewaarborgde rechten als algemene beginselen deel uitmaken van de rechtsorde van de Unie, en zo wordt het EVRM als het ware in het Unierecht opgenomen.[3] Daarnaast wordt met het in deze context relevante art. 47 van het Handvest van de Grondrechten van de EU, dat gaat over het recht op een doelmatige voorziening in rechte, aangesloten bij het stelsel van de artikelen 6 en 13 EVRM.[4] Vanwege de innige verbondenheid tussen beide normenstelsels is daarom het nuttig om eerst het EVRM te bespreken (paragraaf 5.2.). Daarbij zal voornamelijk de invloed van art. 6 van dat Verdrag aan de orde komen, maar dit neemt niet weg dat ook de meer 'materiële' mensenrechten uit dat verdrag een rol kunnen spelen. Nadat het EVRM is behandeld, zal de aandacht uitgaan naar de invloed die het Unierecht op het nationale recht van de lidstaten uitoefent (paragraaf 5.3.). Daarbij zal de vraag worden gesteld of de vereisten, die het Unierecht aan zijn eigen toepassing stelt, ook analogisch kunnen worden toegepast op het conflictenrecht en het buitenlandse recht. Tot slot is het mogelijk dat beide normencomplexen, ondanks hun verschillende karakter, een zekere mate van samenloop kunnen vertonen. Dit kan gebeuren wanneer de strikte toepassing van Unierecht mogelijk in strijd komt met één van de in het EVRM beschermde rechten (paragraaf 5.4.). In de conclusie zal de invloed van beide systemen op de processuele status van conflicten- en vreemd recht worden samengevat (paragraaf 5.5.).

5.2 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens

5.2.1 Introductie

242 Het recht op een eerlijk proces

Van bijzonder belang is de invloed die het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens kan doen gelden. Het probleem van de behandeling van het conflicten- en het buitenlandse recht in de civiele procedure kent, naast aspecten van ipr en van Unierecht, immers ook procesrechtelijke kanten. Aangezien het procesrecht, met inbegrip van het civiele procesrecht[5], in sterke mate wordt beïnvloed door de

3 Art. 6 lid 3 VEU luidt: 'De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.' Art. 6 lid 2 VEU schrijft ook nog voor dat de Unie zal toetreden tot het EVRM, maar dat is minder waarschijnlijk geworden na HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, waarin het EVRM-toetredingsverdrag strijdig met art. 6 lid 2 VEU werd geacht.

4 HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2301, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), r.o. 37.

5 Voor burgerlijke zaken is enkel art. 6 lid 1 EVRM van belang. Art. 6, leden 2 en 3, EVRM zijn uitsluitend van toepassing op strafzaken, en kunnen als verbijzondering van het algemene eerste lid van die bepaling worden gezien. Zie EHRM 8 augustus 2006, no. 43803/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0808JUD004380398, *EHRC* 2006/127, m.nt. F. Fernhout (*Eskelinen e.a./Finland*), r.o. 30.

vereisten van het recht op een eerlijk proces van art. 6 EVRM,[6] is het de vraag welke betekenis deze bepaling heeft voor de processuele status en behandeling van conflicten- en buitenlands recht. Op enkele uitzonderingen na, is dit probleem in de literatuur nog niet uitvoerig besproken.[7] Slechts incidenteel kunnen verwijzingen naar het recht op een eerlijk proces of art. 6 EVRM worden gevonden.[8] Om die reden zal in deze paragraaf nader worden stilgestaan bij de invloed van het EVRM, en met name art. 6 daarvan, op deze problematiek.

243 Weinig rechtspraak EHRM

Voordat nader op de invloed van art. 6 EVRM wordt ingegaan, dient eerst te worden gerealiseerd dat het EHRM tot op heden nog maar één arrest heeft gewezen waarin de concrete uitvoering van de plicht van de nationale rechter om ambtshalve het buitenlands recht toe te passen aan de vereisten van deze bepaling werd getoetst. Dit betrof de zaak *Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland* uit 2004,[9] waarin de vraag aan de orde kwam of de Hongaarse rechterlijke instanties bij het achterhalen van de inhoud van Grieks recht het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn hadden geschonden. Aangezien deze zaak de enige zaak is waarin de verhouding van art. 6 EVRM met het probleem van buitenlands recht uitvoerig aan de orde komt, rechtvaardigt dit een behandeling van dat arrest in een eigen sub-paragraaf (paragraaf 5.2.3.). Voordat daaraan echter zal worden toegekomen, zullen eerst de verschillende elementen van het recht op een eerlijk proces kort worden besproken (paragraaf 5.2.2.). Als duidelijk is wat art. 6 EVRM behelst en nadat ook de *Karalyos*-zaak is besproken, zal eerst de meer fundamentele vraag worden behandeld, hoe het stelsels van het EVRM zich verhoudt tot het beginsel *iura novit curia* (paragraaf 5.2.4.). Daarna zullen de verschillende onderdelen van het probleem van de processuele status van het conflicten- en vreemd recht achtereenvolgens worden besproken (paragraaf 5.2.5.). Dit betreft respectievelijk de toepassing van conflicten- en vreemd recht, de vaststelling van conflictenrechtelijk gezien relevante feiten, de vaststelling van de inhoud van vreemd recht, de niet-vaststelling daarvan, en de behandeling van vreemd recht in hogere instanties. Voorts zullen de materiële mensenrechten worden behandeld (paragraaf 5.2.6) en zal het geheel worden samengevat in een conclusie (paragraaf 5.2.7.).

---

6 Zie, voor een uitgebreide bespreking daarvan, P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008.

7 Uitzonderingen zijn Kiestra, *Impact* 2011, p. 187-193, en S. Stuij, 'Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR', in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law*, Den Haag: Asser Press 2016, p. 185-209.

8 Zie, o.a, Jessurun d'Oliveira, *RHDI* 2008, p. 502; Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 387; De Boer, *RCADI* 1996, p. 324; Bogdan, *RCADI* 2011, p. 109; en Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 101.

9 EHRM 6 april 2004, no. 75116/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD007511601 (*Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland*).

244 Bijzonderheden

Voordat aan de verschillende elementen van het recht op een eerlijk proces zal worden toegekomen, is het noodzakelijk om eerst een aantal zaken voorop te stellen. Omdat er in de jurisprudentie van het EHRM tot op heden nog maar één zaak te vinden waarin de betreffende problematiek uitvoerig wordt behandeld, zal veel van de relevante rechtspraak van het EHRM voornamelijk naar analogie worden toegepast op de problematiek van het buitenlands recht. Ten tweede, en in navolging op het voorgaande punt, is art. 6 EVRM als zodanig niet geschreven voor grensoverschrijdende situaties. Dat neemt niet weg dat deze bepaling daarop wel kan worden toegepast en ook al vaak is toegepast. Wel betekent dit dat de afweging wat anders kan uitvallen wanneer een zaak een grensoverschrijdend karakter heeft in vergelijking met 'zuiver interne' aangelegenheden. Ten derde moet in het oog gehouden dat de rechten die uit art. 6 lid 1 EVRM voortvloeien aan elkaar tegengesteld kunnen zijn. Zo kan de ene partij er belang bij hebben om de inhoud van vreemd recht zo goed mogelijk vastgesteld te laten worden, en kan een ontzegging daarvan mogelijk rechtsweigering opleveren, terwijl de andere partij er belang bij heeft dat de zaak zo spoedig mogelijk en met de laagste kosten wordt voortgezet.[10] Ten slotte kan worden opgemerkt dat bij het onderhavige onderwerp vooral de leerstukken van *iura novit curia* c.q. ambtshalve handelen door de rechter en de autonomie van procespartijen van belang zijn. Deze beide leerstukken, die elkaars spiegelbeeld vormen, worden in beginsel niet door art. 6 EVRM beheerst. Slechts de uitwerking van deze leerstukken in de processuele praktijk kan een schending van art. 6 EVRM tot gevolg hebben.

5.2.2 De verschillende elementen van art. 6 lid 1 EVRM

245 Art. 6 lid 1 EVRM

Voor de problematiek van het buitenlands recht in het civiele geding en de rol die het adagium *iura novit curia* daarbij speelt, is art. 6 lid 1 EVRM weliswaar niet de enige relevante, maar wel de belangrijkste bepaling uit dit verdrag.[11] De Nederlandse vertaling van deze bepaling luidt:

> 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of de nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen, of in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.'

10 Zo ook Kiestra, *Impact* 2011, p. 190.

11 Materiële mensenrechten, zoals art. 8 EVRM of art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM, kunnen ook een rol spelen en zullen later kort worden besproken.

Uit deze bepaling blijkt dat het recht op een eerlijk proces uit verschillende elementen is samengesteld. Deze kunnen op verschillende wijzen worden ingedeeld, maar in deze studie zal worden aangesloten bij een indeling in vijf elementen die ook door andere auteurs wordt gehanteerd. Deze elementen zijn het recht op toegang tot de rechter (a), het recht op een eerlijke behandeling ('fair hearing') (b), het recht op een openbare behandeling en op een openbare uitspraak ('public pronouncement of judgment') (c), het recht op berechting binnen een redelijke termijn (d), en berechting door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht (e).[12] Deze elementen zullen in het navolgende kort worden besproken.[13]

246 Vereisten

Het recht op toegang tot de rechter (a), in het Engels beter bekend als '*access to a court*', is niet met zoveel woorden te vinden in de eigenlijke tekst van art. 6 lid 1 EVRM. Eerst met de uitspraak van het EHRM in de *Golder*-zaak is dit recht deel gaan uitmaken van het recht op een eerlijk proces,[14] ook al lijken sommigen van mening dat het recht op toegang tot de rechter niet zozeer als deel van art. 6 EVRM moet worden gezien, maar eerder als een recht dat is afgeleid van die bepaling.[15] Het recht op toegang tot de rechter heeft twee zijden.[16] Ten eerste houdt dit recht in dat een (civiele) vordering voor een rechter gebracht moet kunnen worden ('a civil claim must be capable of being submitted to a judge').[17] Ten tweede houdt het een verbod van rechtsweigering in, wat door het EHRM als een beginsel van internationaal recht wordt beschouwd ('the principle of international law which forbids the denial of justice').[18]

---

12 Ontleend aan Van Dijk e.a., *Theory and Practice* 2006, p. 557-623; Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 398-457; en P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, mi.h.b. p . 31-324.

13 De vereisten van art. 6 EVRM worden uitvoerig besproken door o.a. Van Dijk e.a., *Theory and Practice* 2006, p. 557-623; Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 398-457; en in het algemeen P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008. Hierbij zal de volgorde worden aangehouden, die ook in een eerdere bijdrage van deze auteur is gehanteerd, zie S. Stuij, 'Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR', in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law*, Den Haag: Asser Press 2016, p. 185-209, i.h.b. p. 187-190.

14 EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70, Serie A no. 18, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*).

15 Zo ook Kiestra, wanneer hij stelt dat '[a]nother example of a right which is susceptible to being inherently limited is the right of access to a court, which is a right derived from Article 6 ECHR' (Kiestra, *Impact* 2011, p. 42). Aldus ook Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 31. Anders Gerards 2005, p. 166, die stelt dat het EHRM het recht op toegang tot de rechter heeft 'ingelezen' in art. 6 lid 1 EVRM.

16 Van Dijk e.a., *Theory and Practice* 2006, p. 557.

17 EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70, Serie A no. 18, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 35.

18 EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70, Serie A no. 18, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 35.

Het tweede uit art. 6 lid 1 EVRM voortvloeiende element betreft het recht op een eerlijke behandeling van de zaak (b), ofwel een *fair hearing*. Dit is een recht dat meerdere aspecten omvat die voor het onderhavige onderwerp van belang zijn, zoals het recht op rechterlijk gehoor (*right to be heard*), dat overigens ruimer is dan recht op tegenspraak (*right to adversarial proceedings* of *principe du contradictoire*), en het beginsel van gelijkheid der wapenen (*equality of arms*).[19] Ook het vereiste dat rechterlijke beslissingen moeten worden gemotiveerd wordt onder dit beginsel geschaard.[20]

Het derde element (c) is het recht op een openbare behandeling van de zaak en op een openbare uitspraak (*public hearing and public pronouncement of judgment*). Dit is voornamelijk bedoeld om te voorkomen dat geheime procedures plaatsvinden. Voor civiele zaken wordt dit over het algemeen van minder groot belang geacht dan voor strafzaken.[21] Waarschijnlijk zal het vereiste voor het hier behandelde onderwerp – de toepassing van conflicten- en buitenlands recht in een civiele procedure –zelfs nog minder relevant zijn.[22] De problemen die art. 6 EVRM in dat verband kan meebrengen betreffenniet zozeer de openbaarheid van de zaak, maar eerder op de verhouding tussen rechter en partijen, op het tijdsverloop en op de mate van onpartijdigheid van het gerecht. Het wel relevante recht op een met redenen omklede beslissing wordt meestal onder het recht op een eerlijke behandeling geschaard.[23]

Het vierde element (d) betreft het recht op berechting binnen een redelijke termijn (*judgment within a reasonable time*) en brengt mee dat de zaak op een zo voortvarend mogelijke wijze wordt afgedaan. Zoals in de navolgende paragrafen nog zal blijken, is dit element van art. 6 lid 1 EVRM van bijzonder belang voor het vraagstuk van de positie van vreemd recht in de civiele procedure. Om die reden is het wellicht veelzeggend dat de enige uitspraak van het EHRM over de vaststelling van de inhoud van vreemd recht juist de overschrijding van de redelijke termijn betrof. Bij de toetsing van het vereiste van de redelijke termijn wordt met een aantal factoren rekening gehouden. Dit zijn de vraag naar de complexiteit van de zaak, de gedragingen (*conduct*) van de verzoeker, en de gedragingen van de bevoegde autoriteiten.[24] Ook wordt wel een 'vierde factor' onderscheiden, welke inhoudt dat wordt gekeken naar hetgeen er voor de verzoeker op het spel staat ('what is at stake').[25] Bij de toepassing van dit criterium wordt aan een verdragsstaat geen *margin of appreciation* toegestaan.[26]

---

19 Aldus Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 102.

20 Aldus Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 146 e.v.

21 Van Dijk e.a., *Theory and Practice* 2006, p. 590.

22 Stuij, in: *Fundamental Rights* 2016, p. 189.

23 Aldus ook Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 146 e.v.

24 Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 440; Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 220-228.

25 Deze zogenaamde 'vierde factor' wordt soms als deel van de derde factor gezien en soms als een zelfstandige factor. Zie Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 440, en diens verwijzing naar EHRM 8 juni 2006, no. 75529/01, Case Reports 2006-VII, ECLI:CE:ECHR:2006:0608JUD007552901 (*Sürmeli/Duitsland*). In deze studie zal dit als een zelfstandige factor worden behandeld.

26 Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 440.

Tot slot is er het vijfde element (e), dat inhoudt dat partijen recht hebben op berechting door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij wet is ingesteld. Voor zover het om onpartijdigheid gaat, wordt door het EHRM een onderscheid gemaakt tussen een zogenaamde 'subjectieve test' en een 'objectieve test'. De eerste betreft de persoonlijke overtuiging van de rechter en heeft dus voor het onderhavige onderwerp weinig specifieke relevantie,[27] terwijl de tweede gaat over de vraag of de rechter voldoende garanties geeft om elke gerechtvaardigde twijfel uit sluiten ('whether the judge offered gurantees sufficient to exclude any legitimate doubt in this respect').[28]

De uit het EVRM voortvloeiende rechten, zoals het recht op een eerlijk proces, kunnen van karakter verschillen. Aangenomen wordt wel dat de in het EVRM gewaarborgde mensenrechten kunnen worden onderscheiden in absolute, gekwalificeerde en beperkte rechten.[29] Terwijl van de eerste soort worden gezegd dat zij geen uitzonderingen kennen, en van de tweede categorie diens beperkingen in de bepaling zelf zijn opgenomen, kennen de zogenaamde beperkte rechten, waartoe ook art. 6 EVRM wordt gerekend,[30] (ongeschreven) "inherente beperkingen".[31]

5.2.3 Art. 6 EVRM en de toepassing van buitenlands recht

247 Karalyos/Hongarije en Griekenland

Zoals eerder al is gesteld, is de uitspraak in de *Karalyos*-zaak[32] de enige uitspraak die ziet op het in deze studie behandelde probleem van buitenlands recht.[33] Daarin werd de handelswijze van de Hongaarse autoriteiten als strijdig met het redelijke termijn-vereiste uit art. 6 lid 1 EVRM gezien. De feiten in deze zaak waren als volgt. Karalyos is een Hongaarse illusionist die, samen met zijn partner, werd ingehuurd door een Griekse onderneming om tijdens een cruise optredens te verzorgen. Tijdens een brand op het schip was de uitrusting van de illusionist echter verloren gegaan. Aangezien de uitrusting niet was verzekerd, sprak Karalyos de Griekse maatschappij aan tot vergoeding van de ontstane schade en daagde hij deze voor de Hongaarse rechter. De rechter oordeelde dat Grieks recht van toepassing was en probeerde via de weg van de Europese Overeenkomst van 1968 informatie over de inhoud van dat

27 De persoonlijke onpartijdigheid van de rechter wordt verondersteld, tenzij tegenbewijs daarvan is geleverd. Zie EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 42.

28 EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 41, en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

29 Kiestra, *Impact* 2011, p. 38-42.

30 Kiestra, *Impact* 2011, p. 41-42.

31 Van Dijk e.a., *Theory and Practice* 2006, p. 343 e.v. Ook is een andere indeling ook mogelijk, zie bijv. Gerards 2005, p. 103-111.

32 EHRM 6 april 2004, no. 75116/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD007511601 (*Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland*).

33 Zie over deze zaak ook Kiestra, *Impact* 2011, p. 188-189; Stuij, in: *Fundamental Rights* 2016, p. 203-204; en – maar vrij kort – Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 216.

recht te krijgen door een verzoek om inlichtingen te sturen naar het Hongaarse Ministerie van Justitie, de verzendende autoriteit voor Hongarije onder het verdrag.

Tijdens de pogingen om inlichtingen over de inhoud van het Griekse recht te verkrijgen, werden er verschillende fouten gemaakt. Daardoor duurde het lang voordat de procedure werd voortgezet. Om te beginnen had de Hongaarse rechter niet alle vereiste documenten meegezonden, waardoor het verzoek opnieuw moest worden verstuurd. Voorts werd dit nieuwe verzoek niet aan het Griekse Ministerie van Justitie als ontvangende instantie verzonden, maar werd het per abuis aan de gedaagde in de Hongaarse procedure betekend, wat leidde tot een vertraging van anderhalf jaar. De Griekse autoriteiten beantwoordden de aanvraag niet met de noodzakelijke urgentie, zodat de Hongaarse autoriteiten genoodzaakt waren om hun Griekse collega's aan hun verplichtingen onder de Europese Overeenkomst te herinneren. De Hongaarse autoriteiten deden dit slechts door middel van reguliere correspondentie; eerst na vijf jaar werden diplomatieke drukmiddelen ('*notes verbales*') en telefonische communicatie gebruikt om de Griekse autoriteiten ertoe te bewegen inlichtingen over het Griekse recht te verschaffen. Uiteindelijk was de zaak al negen jaar aanhangig in eerste aanleg en had er in die periode slechts één mondelinge zitting plaatsgevonden. Er was in die periode geen inhoudelijke beslissing gegeven.

248 Oordeel EHRM

Het EHRM oordeelde in deze zaak dat de Hongaarse autoriteiten[34] in strijd met de vereisten van art. 6 lid 1 EVRM hadden gehandeld, en meer in het bijzonder van het daarin vervatte vereiste van een uitspraak binnen een redelijke termijn. Zoals eerder is beschreven, moet de beoordeling van de redelijkheid van de termijn plaatsvinden in het licht van de omstandigheden van het geval en moet daarbij rekening worden gehouden met criteria die het EHRM in zijn rechtspraak heeft ontwikkeld, in het bijzonder de complexiteit van de zaak, de houding van de klager, de houding van de autoriteiten van de aangesproken Verdragsluitende Staat, en, tot slot, moet worden bekeken wat er voor klager op het spel staat ('what is at stake'),[35] ook wel de 'vierde factor' genoemd.[36]

De Hongaarse regering had onder meer als verweer aangevoerd dat de duur van de zaak was te wijten aan de complexiteit ervan, omdat het een zaak met een internationaal karakter betrof. Het EHRM ging daarin niet mee en oordeelde dat, ook al gaf de zaak aanleiding tot moeilijke vraagstukken van buitenlands recht, dit gegeven op zichzelf niet de lange tijdsduur kan verklaren.[37] Voorts konden de

34 De klacht tegen Griekenland werd niet-ontvankelijk verklaard, omdat de procedure in Hongarije aanhangig was gemaakt, zo oordeelde het EHRM. Voor zover ook de gebrekkige samenwerking van de Griekse autoriteiten werd bedoeld, zou dit neerkomen op een uitleg van de Europese Overeenkomst van 1968, waartoe het EHRM niet bevoegd is. Zie EHRM 6 april 2004, no. 75116/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD007511601 (*Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland*), r.o. 40.

35 Te vinden in EHRM 27 juni 2000, zaak nr. 30979/96, ECHR 2000-VII, r.o. 43 (*Frydlender/Frankrijk*).

36 Zie voor de ontwikkeling van de zgn. 'vierde factor', Van Dijk e.a., *Theory and Practice* 2006, p. 606-607, en Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 440.

klagers in deze zaak niet verantwoordelijk worden gehouden voor de duur van de procedure, aangezien de rechtbank in deze zaak de verantwoordelijkheid droeg voor de 'proper administration of justice'. Wel werden zowel de Hongaarse rechterlijke autoriteiten en het Hongaarse Ministerie van Justitie verantwoordelijk gehouden voor de onredelijke vertraging van de zaak. De rechterlijke autoriteiten waren eerst na een periode van negen jaar tot de conclusie gekomen dat de inhoud van het Griekse recht niet vast te stellen was. Zij waren niet in staat om uit te leggen waarom er geen alternatieve middelen, zoals het benoemen van een lokale expert, waren aangewend om de inhoud van dat recht te achterhalen. Ook is niet komen vast te staan waarom geen gebruik werd gemaakt van de mogelijkheid onder Hongaars ipr om in een dergelijk geval Hongaars recht toe te passen en zo de procedure te versnellen.[38] Voorts had de Hongaarse rechtbank aanvankelijk verzaakt alle vereiste documenten op te sturen, en vervolgens het hernieuwde verzoek aan de gedaagde partij betekend in plaats van aan het Griekse Ministerie van Justitie. Voor wat betreft het Hongaarse Ministerie van Justitie oordeelde het EHRM dat, hoewel zij regelmatig contact hadden gezocht met hun Griekse collega's, zij dat slechts via normale correspondentie deden en pas na vijf jaar aanstalten maakten om verdergaande communicatiemiddelen in te zetten om de Griekse autoriteiten te bewegen een antwoord te geven op het verzonden verzoek. Deze omstandigheden waren volgens het EHRM daarom toe te rekenen aan de Hongaarse autoriteiten.

249 Conclusie

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat de vereisten van art. 6 lid 1 EVRM, en dan vooral het redelijke termijn-vereiste, kunnen meebrengen dat de nationale rechter door het tijdsverloop van de procedure ofwel de betekenis van buitenlands recht op een andere manier moet zien op te sporen, ofwel moet concluderen dat het vreemde recht ontoegankelijk is.[39] Weliswaar betrof de *Karalyos*-zaak een bijzondere situatie, waarin de procedure zeer lang heeft geduurd. Het is de vraag wat dit betekent voor gevallen die minder lang duren, maar waarin het toepassen van vreemd recht wel een vertragende factor is. Ook is het de vraag of de omstandigheid heeft meegespeeld dat het Hongaarse ipr de toepassing van de lex fori uitdrukkelijk toestond. Zou de uitspraak anders zijn uitgevallen indien nationaal recht die mogelijkheid niet geeft? Zo ja, dan zal een niet-uniforme uitleg van art. 6 EVRM mogelijk het gevolg zijn. Zo neen, dan betekent dit dat art. 6 EVRM een vergaande invloed op nationaal ipr uitoefent, en zelfs zou bepalen dat de rechter het ipr desnoods terzijde moet schuiven om aan de vereisten van art. 6 EVRM te voldoen.

---

37 EHRM 6 april 2004, no. 75116/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD007511601 (*Karalyos en Huber/ Hongarije en Griekenland*), r.o. 33.

38 Het destijds geldende Hongaarse IPR-decreet kende in 'section 5, § 3' een regeling, volgens welke het Hongaarse recht wordt toegepast wanneer de inhoud van buitenlands recht niet te achterhalen is. Intussen is dit decreet vervangen door een nieuwe ipr-wet (Wet XXVIII van 2017, gepubliceerd in de *Magyar Közlöny* van 11 april 2017 (jaargang 52), p. 6527 e.v.).

39 En, bijvoorbeeld, de lex fori moet toepassen. In die zin: Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 216.

5.2.4 Het EVRM en het beginsel iura novit curia

250 Verenigbaarheid 'iura novit curia' met art. 6 EVRM

Aangezien het hoofdthema van deze studie is te onderzoeken wat de waarde van het adagium *iura novit curia* is voor de toepasselijkheid en toepassing van een buitenlands rechtsstelsel in de civiele procedure, komt de vraag op of art. 6 EVRM, zoals uitgelegd door ECRM en EHRM, wellicht aan een dergelijk beginsel in de weg kan staan. De bepaling zelf zegt immers niets over de partijautonomie als zodanig, zodat er mogelijk een strijd kan bestaan met andere uit art. 6 EVRM voortvloeiende rechten, zoals het recht op rechterlijk gehoor[40] of het redelijke termijn-vereiste.

Een van eerste uitspraken waarin het adagium aan de orde is gekomen, is afkomstig van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaak *X & Co./Bondsrepubliek Duitsland*.[41] Deze zaak betrof een koopovereenkomst tussen een Engelse partij (de verkoper) en een Duitse partij (de koper), waarbij onenigheid bestond over de kwaliteit van de geleverde goederen en het al dan niet verlagen van de koopprijs door de verkoper. Nadat de Duitse rechter in eerste instantie de vordering van de verkoper tot betaling van de volledige koopprijs had afgewezen, werd in appel het leerstuk van de dwaling toegepast.[42] De daardoor benadeelde Engelse verkoper meende dat er geen sprake kon zijn van een 'fair hearing', omdat dat leerstuk tijdens de procedure niet aan de orde was gekomen, en de Duitse rechter dus buiten de door de partijen getrokken grenzen van het debat was getreden. Om die reden diende de Engele partij een klacht in bij het ECRM.

Het ECRM wees de klacht van de Engelse partij echter af. Zij stelde voorop dat *iura novit curia* een algemeen erkend rechtsbeginsel ('generally recognised principle of law') was. Ook stelde zij vast dat de praktijk in de rechtsstelsels van de verdragsluitende staten uiteen liep, aangezien in sommige rechtsstelsel de rechter verplicht is om partijen uit te nodigen hun visie op de relevante toe te passen rechtsregels te geven, terwijl deze plicht in andere rechtsstelsels niet zou bestaan. Er was dus geen algemeen geaccepteerde praktijk ('no generally accepted practice'). Met het oog op deze verschillende praktijken, oordeelde de ECRM dat er bij de interpreatie van het 'fair hearing'-vereiste een zekere ruimte aan de verdragsluitende staten moest worden gelaten ('allowance must be made'). Om die reden was het vereiste van een 'fair hearing' niet geschonden.[43]

Aan de beslissing van de Commissie vallen twee zaken op. Ten eerste werd er in de beslissing geen aandacht besteed aan de vraag, welk recht van toepassing was,

---

40 Hetwelk wordt onderscheiden van het recht op tegenspraak ('principe du contradictoire', 'right to an adversarial trial'), zie Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 102.

41 ECRM 7 februari 1968, no. 3147/67, ECLI:CE:ECHR:1968:0207DEC000314767, CD 27, p. 119-127 (*X. & Co/Bondsrepubliek Duitsland* (dec.)).

42 § 119 BGB. In de tekst van de beslissing staat 'German Criminal Code', maar dit moet een kennelijke verschrijving zijn, aangezien het een civiele zaak betrof en § 119 BGB inderdaad over dwaling ('*Irrtum*') gaat.

43 *X. & Co/Bondsrepubliek Duitsland* (dec.), no. 3147/67, CD 27, p. 119-127.

ook al bevatte de casus overduidelijk internationale elementen. De eisende partij was immers gevestigd in het buitenland en was ook nog eens de leverancier van de goederen. Naar de huidige maatstaven van art. 4 lid 1 Rome I zou Engels recht van toepassing zijn geweest. Niettemin is die vraag niet aan de orde gekomen. Ten tweede valt op dat de Commissie met betrekkelijke stelligheid tot het oordeel kwam dat het beginsel *iura novit curia* een algemeen erkend rechtsbeginsel was. Dit deel van de beslissing van de Commissie is later wel bekritiseerd. Vooral F.A. Mann heeft betoogd dat het adagium, dat door hem '*curia novit legem*' wordt genoemd, geen deel van het Engelse procesrecht uitmaakt.[44] In plaats daarvan zou het Engelse procesrecht volgens hem worden geregeerd door het beginsel van de onvoorbereide rechter ('principle of judicial unpreparedness').[45] Ook al is deze stelling van Mann wel bekritiseerd,[46] neemt dit niet weg dat de duiding van *iura novit curia* als een algemeen rechtsbeginsel een vergaande conclusie is. Voor zover het om vreemd recht gaat, kan deze stelling in geen geval worden gehandhaafd en ook voor zuiver interne gevallen, wanneer het dus aankomt op de toepassing van het eigen recht, is uit deze studie reeds gebleken dat de Engelse burgerlijke rechter een verdergaande lijdelijkheid laat zien dan gebruikelijk is op het continent.[47]

In aansluiting daarop oordeelde het ECRM dat de verdragsstaten een divergerende praktijk hebben ten aanzien van de vraag of partijen in staat gesteld moeten worden om hun visie over rechtsvragen te geven. Om die reden moest aan de verdragsstaten een zekere bewegingsvrijheid ('*allowance*') worden gegeven. Dit oordeel toont aan dat het van belang is om te onderkennen welke de definitie van *iura novit curia* wordt gebruikt: gaat het enkel om de vraag of de rechter ambtshalve recht mag toepassen, of ook om de vraag in hoeverre de rechter partijen in de gelegenheid moet stellen om hun visie op die rechtstoepassing naar voren te brengen?[48] Samen met de regel *ne ultra petita* en de kwestie van de omvang van de rechtsstrijd, worden deze aspecten vaak niet goed uit elkaar gehouden. De beslissing van de ECRM is daarop geen uitzondering. Want hoewel de precieze grondslag van de vordering van de Engelse verkoper niet aan de orde komt, kan een door de rechter ambtshalve besproken beroep op dwaling wel in strijd zijn met het beginsel *ne ultra petita* wanneer daarmee de vordering van de eiser veranderd wordt.

Wat betekent deze rechtspraak voor de behandeling van vreemd recht? Als de divergentie in de praktijk van de verdragsstaten een argument is om meer 'allowance' toe te staan, brengt dit voor de situatie waarin buitenlands recht van toepassing is wellicht nog meer vrijheid voor de verdragsluitende staten mee. De toepassing van buitenlands recht is immers nog meer verscheiden dan de toepassing van het eigen recht, zoals ook uit de hoofdstukken 2 tot en met 4 is gebleken. Dit betekent dat enigerlei schending van art. 6 EVRM bij de toepassing van dat recht

44 Mann, *LQR* 1977, p. 369.

45 Mann, *LQR* 1977, p. 369.

46 Zie Jolowicz, in: *Multum non multa*, 1980, p. 84, en A-G Jacobs in zijn conclusie bij het *Van Schijndel*-arrest, t.a.p., ECLI:EU:C:1995:185, no. 33-34, *Jur.* 1995, p. I-4707, op p. I-4717-4718.

47 Zie daarvoor par. 4.2.3. en 4.2.5.

48 Zie voor deze discussie paragraaf 1.5.2.

minder snel zal worden aangenomen. Er kan daarom geconcludeerd worden dat tot op heden het adagium als zodanig niet problematisch is gebleken in het licht van art. 6 EVRM.

251 Iura novit curia en het EHRM

De voorgaande conclusies worden versterkt door die rechtspraak van het EHRM, waaruit blijkt dat *iura novit curia* ook voor het EHRM zelf een leidend beginsel is. Het EHRM bepaalt de juridische kwalificatie van de door partijen gepresenteerde feiten en dus de 'master of the characterisation' is.[49] Het kan zelfs een schending van bepalingen van het EVRM aannemen waarop door partijen geen beroep is gedaan.[50] In een dissenting opinion bij *McFarlane/Ierland*[51] meende rechter López Guerra dat *iura novit curia* in algemene zin ook van toepassing is in de procedure voor het EHRM, maar dat:

> '(…) given the peculiar nature of such proceedings, which concern matters affecting all areas of law in a wide array of legal orders, the parties play an important role in providing information on the law in force in the internal legal order which may be relevant in their cases. Such collaboration aids the Court in its decisions by providing it with better knowledge and understanding of the particularities of each system.'

In deze dissenting opinion wordt een interessante kijk gegeven op de rol van partijen bij het verkrijgen van inlichtingen over het betrokken nationale rechtsstelsel. Zij zouden bij wijze van samenwerking met het EHRM immers een belangrijke rol spelen. Verder blijkt uit deze opinion dat rechter López Guerra zelf het beginsel *iura novit curia*, althans impliciet, ook van toepassing acht ingeval het EHRM met nationaal recht wordt geconfronteerd, voor zover dat laatste echter noodzakelijk is voor de toepassing van het EVRM. Dit is een verschil met de positie die het Hof van Justitie EU heeft ingenomen in een vergelijkbaar geval waarin het recht van een lidstaat van belang was voor een op het Unierecht gebaseerde actie. Het oordeelde namelijk dat het recht van de lidstaten in procedures door de belanghebbende partij als een feit moet worden bewezen.[52]

---

49 Zie bijvoorbeeld *M. en M./Kroatië*, 3 september 2015, No. 10161/13, r.o. 167.

50 Zie *M. en M./Kroatië*, 3 september 2015, No. 10161/13, r.o. 167. Zie over het adagium *iura novit curia* in procedures voor het EHRM ook reeds H. Walter, 'Der Grundsatz iura novit curia im Europäischen Mensenrechtsverfahren. Zur Teilabweisung von Individualbeschwerde wegen offensichtlicher Unbegründetheit', *ZaöRV* 1968, p. 561-578.

51 *McFarlane/Ierland*, 10 september 2010, no. 31333/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0910JUD003133306. In deze (straf)zaak ging het over de vraag of naar Iers recht nog een 'remedy' bestond. Rechter López Guerra was van oordeel dat de Ierse regering voldoende informatie over Iers recht had overgelegd om aan te tonen dat de klagende partij nog niet alle rechtsmiddelen had uitgeput en dus niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard ex art. 35 lid 1 ERVM.

52 HvJ EU 5 juli 2011, zaak C-263/09 P, *Jur.* 2011, p. I-5853, ECLI:EU:C:2011:452 (*Edwin*). Het ging om een vordering tot vernietiging van een Gemeenschapsmerk wegens strijd met een ouder, door nationaal recht beschermd, recht op de naam.

5.2.5 De verschillende deelproblemen van iura novit curia en art. 6 EVRM

5.2.5.1 Toepassing van conflicten- en buitenlands recht

252 Rechtspraak art. 6 lid 1 EVRM

Zoals in de voorgaande subparagraaf al is beschreven, staat het EHRM niet principieel afwijzend tegenover het adagium *iura novit curia*. Dit neemt niet weg dat de ambtshalve toepassing van het recht, zij het eigen of buitenlands, onder omstandigheden wel kan botsten met de vereisten van art. 6 lid 1 EVRM. Vooral wanneer de rechter daarbij het vereiste van hoor en wederhoor veronachtzaamt, kan zich een schending voordoen van het vereiste van een eerlijke behandeling van de zaak ('*fair hearing*'). Dit hoeft niet per se het geval te zijn bij *ambtshalve* toepassing van dat recht. Ook wanneer bij toepassing van de *fact doctrine* het vreemde recht als een notoir feit wordt beschouwd, kan zich de situatie voordoen waarin de partijen worden overvallen met een verrassingsbeslissing.[53] Voorts kan de plicht van de rechter om ambtshalve de inhoud van vreemd recht vast te stellen, desnoods tegen de wil van de partijen bij het geding in, leiden tot onredelijke vertraging van de procedure. Tot slot kan het vereiste dat vonnissen met redenen omkleed moeten zijn ('*reasoned judgment*') een rol spelen.

253 Eerlijke behandeling van de zaak ('fair hearing')

Op basis van het recht op een eerlijke behandeling ('*fair hearing*') zal het de rechter verboden zijn om partijen te verrassen met de toepassing van een rechtsstelsel waarvan zij niet gedacht hadden dat het toepasselijk zou zijn. Dit is een uitwerking van het algemene uitgangspunt dat de rechter geen verrassingsbeslissing mag geven. Volgens Jessurun d'Oliveira impliceert het vereiste van een eerlijk proces dat de rechter de plicht heeft om bij de toepassing van conflictregels en van een buitenlands rechtsstelsel partijen in de gelegenheid te stellen zich daarover uit te laten.[54] Voorts brengt dit vereiste mee dat de partijen in voldoende mate op elkaars stellingen en op elkaars aangevoerde bewijs kunnen reageren. Dit zal in belangrijke mate gelden voor het deskundigenbewijs in stelsels die aan partijen een grote mate van dispositievrijheid toekennen. Echter ook in een systeem dat de verantwoordelijkheid bij de rechtstoepassing juist bij de ambtshalve optredende rechter legt, kan dit veriste schenden. Zo is in *Clinique des Acacias e.a./Frankrijk* door het EHRM geoordeeld dat de Franse (rechterlijke) autoriteiten art. 6 EVRM hadden geschonden, omdat de hoogste Franse rechter een beroep in cassatie had afgewezen op een ambtshalve toegepaste rechtsgrond, zonder evenwel partijen te vragen zich daarover uit te laten.[55] De onverkorte toepassing van een

53 Jessurun d'Oliveira, *RHDI* 2008, p. 502.

54 Jessurun d'Oliveira, *RHDI* 2008, p. 502. Hij verwijst daarbij naar EHRM (Grote Kamer) 18 februari 2009, no. 55707/00, ECLI:CE:ECHR:2009:0218JUD005570700.

55 EHRM 14 oktober 2005, no. 65399/01, 65406/01, en 65407/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1013:JUD006539901 (*Clinique des Acacias e.a./Frankrijk*).

adagium als 'iura novit curia' kan dus in strijd zijn met het recht op een eerlijk proces als bedoeld in dat artikel.[56]

254 Redelijke termijn

Het vereiste van de behandeling van de zaak binnen een redelijke termijn kan eveneens een hindernis opleveren. De toepassing van vreemd recht, ongeacht of dit ambtshalve of door partijen gebeurt, vereist de nodige tijd. Zelfs bij eenvoudige rechtsvragen kan de gemiddelde duur al langer zijn dan wanneer het eigen recht van toepassing is. De inhoud moet immers worden opgespoord en vanwege het zojuist behandelde vereiste van een 'fair hearing' moeten de partijen tevens de gelegenheid hebben zich daarover uit te laten. Ook wanneer de partijen de verantwoordelijkheid voor het 'bewijs' dragen, zal dit de voortvarendheid van het proces niet ten goede komen. Als de subjectieve rechten van partijen met toepassing van de lex fori op vergelijkbare wijze beschermd kunnen worden, lijkt het dus wenselijk om aan hen in ieder geval de mogelijkheid te geven om het conflictenrechtelijk procedé volledig buiten beschouwing te laten. Op deze manier kan de voortgang van het proces worden bespoedigd, althans indien de partijen aan dat belang meer waarde toekennen dan aan de toepassing van het eigenlijk toepasselijke recht.

255 Een gemotiveerd oordeel

Tot slot kan het vereiste van een gemotiveerd oordeel een rol spelen. De rechter zal, wanneer deze met een ander recht dan de lex fori wordt geconfronteerd, geen kennis van het toe te passen recht hebben. Zijn oordeel over het recht zelf is dus geen vanzelfsprekendheid, en vaak ook niet toetsbaar voor hogere rechters. Dit is een extra reden waarom hij voldoende aandacht moet geven aan het motiveren van zijn oordeel, waarom het vreemde recht is zoals hij heeft vastgesteld. Uit de rechtspraak van het EVRM blijkt dat de verdragsluitende staten een grote mate van vrijheid hebben om hun eigen vereisten inzake de motivering van rechterlijke uitspraken te stellen, en dat de vraag of de motivering van de beslissing aan de vereisten van art. 6 EVRM voldoet, afhangt van de omstandigheden van het geval. Daarbij kan worden gedacht aan de aard van het geschil. Verder hoef de rechter niet op elk naar voren gebrachte stelling of naar voren gebracht argument in te gaan.[57] Dit is anders indien de stelling van de partij een wezenlijke invloed op de uitkomst van het geschil zou hebben. In dat geval kan een uitdrukkelijke behandeling van de stelling aangewezen zijn, maar is een voldoende duidelijke, impliciete afwijzing van de stelling niet per definitie uitgesloten.[58] Dit kan het geval zijn wanneer een partij zich op een andere categorie rechtsregels beroept, zoals verjaring.[59] Indien een partij

56 Zie ook Stuij, in: *Fundamental Rights* 2016, p. 196, en Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 103.

57 Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 146-148.

58 Zie Harris, *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 430, onder verwijzing naar EHRM 9 december 1994, no. 18390/91, Serie A 303-A, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001839091 (*Ruiz Torija/Spanje*), r.o. 30.

59 EHRM 9 december 1994, no. 18390/91, Serie A 303-A, ECLI:CE:ECHR:1994:1209JUD001839091 (*Ruiz Torija/Spanje*), r.o. 30.

zich dus op een regel van buitenlands recht beroept, en kan aantonen dat de uitkomst van het geschil anders had kunnen zijn, zal de rechter waarschijnlijk verplicht zijn te motiveren waarom deze stelling niet wordt geaccepteerd. Het is de vraag of dit ook geldt wanneer de rechter zich zijn vonnis op een volgens vreemd recht onjuiste juridische grondslag baseert. Normaliter kan dan van een motiveringsgebrek sprake zijn.[60]

5.2.5.2 De vaststelling van voor de rechtsaanwijzing relevante feiten

256 Gelijkheid der wapenen

De vaststelling van feiten die voor de rechtsaanwijzing van belang zijn, ofwel de internationale elementen van de zaak, zal voor de toepassing van art. 6 EVRM geen bijzondere problemen opleveren in vergelijking met de vaststelling van andersoortige feiten in het civiele proces. Voor zover deze feiten moeten worden bewezen, zullen de vereisten van hoor en wederhoor en die van de 'gelijkheid der wapenen' gerespecteerd moeten worden. Veelal zal de rechter afhankelijk zijn van de informatie die partijen hem geven. In dat verband kan het *Dombo*-arrest,[61] dat ging over de partij-getuige, van belang zijn. In dit arrest kwam immers het beginsel van 'gelijkheid der wapenen' (*equality of arms*) ter sprake, omdat één van de partijen het niet was toegestaan als partij-getuige op te treden, terwijl haar wederpartij dat wel mocht. Het EHRM oordeelde dat elke partij een redelijke mogelijkheid moet hebben om haar zaak te bepleiten, met inbegrip van het bewijs, zonder dat zij in een substantieel nadeliger positie ('*substantial disadvantage*') ten opzichte van haar wedepartij wordt gesteld.

Heeft een dergelijke uitspraak gevolgen voor het bewijs van internationale elementen? Mogelijk kan hieruit de regel worden afgeleid, dat beide partijen in gelijke mate in staat gesteld moeten worden om het bestaan of niet-bestaan van dergelijke feiten te kunnen aantonen. Zeker in geval van feiten die voor de rechtsaanwijzing relevant zijn, is dit van belang, omdat dergelijke informatie vaak van de partijen zelf afkomstig is. Mocht de ene partij stellen dat zij een bepaalde nationaliteit heeft of haar gewone verblijfplaats in staat X heeft, dan moet haar wederpartij in staat zijn om althans de onjuistheid van die stellingen te kunnen aantonen.

257 Geen regels van bewijsrecht

In het algemeen kan echter de stelregel van het EHRM worden herhaald dat met art. 6 lid 1 EVRM niet is beoogd om regels van bewijsrecht te geven.[62] Het bewijs-

---

60 Zie Harris *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 430.

61 EHRM 27 oktober 1993, no. 14448/88, ECHR Serie A, no. 274, ECLI:CE:ECHR:1993:1027JUD001444888, *NJ* 1995/543, m.nt. HJS (*Dombo Beheer B.V./Nederland*).

62 EHRM 12 juli 1988, no. 10862/84, *ECHR, Serie A*, no 140, p. 29, ECLI:CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, r.o. 46 (*Schenk/Zwitserland*); EHRM 8 augustus 2006, no. 43803/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0808-JUD004380398, *EHRC* 2006/127, m.nt. F. Fernhout (*Eskelinen e.a./Finland*), r.o. 31; EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 44.

recht is in handen van de verdragsluitende staten. Dat neemt niet weg dat bij de toepassing van het bewijsrecht het recht op een eerlijk proces kan worden geschonden. Dit kan, bijvoorbeeld, doordat de 'gelijkheid der wapenen' niet wordt gerespecteerd, of omdat het gerecht een bepaalde partijdigheid – of schijn daarvan – aan de dag legt.

5.2.5.3 Onderzoek naar de inhoud van vreemd recht

258 Algemeen: deskundigenbewijs en art. 6 EVRM

Hoewel er geen beslissingen te vinden zijn die rechtstreeks verband houden met het doen van onderzoek naar buitenlands recht door de nationale rechter in een civiele procedure, kan evenwel aansluiting worden gevonden bij rechtspraak over de rol van deskundigen. Bij de vaststelling van de inhoud van een ander rechtsstelsel wordt immers regelmatig gebruik gemaakt van deskundige assistentie.[63] Uit de rechtspraak van het EHRM komt naar voren dat zowel het recht op rechterlijk gehoor als het recht op gelijkheid der wapenen van belang kunnen zijn bij de benoeming van deskundigen. Daarnaast kan ook de onpartijdigheid van het gerecht in het geding komen, wanneer deze deskundige een mate van vooringenomenheid, of althans de schijn daarvan, bezit. Verder kan, zoals uit de in paragraaf 5.2.3. besproken *Karalyos*-zaak al is gebleken, ook het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn invloed uitoefenen op zowel de keuze voor de te gebruiken vaststellingsmethode als op de beslissing van de rechter de inhoud van vreemd recht in het gegeven geval als ontoegankelijk te beschouwen. Aangezien dit laatste element al in de betreffende paragraaf is besproken, zal daarop in dit kader niet verder worden ingegaan.

In het kader van het bewijsrecht in algemene zin heeft het EHRM erop gewezen dat art. 6 lid 1 EVRM niet primair is bedoeld om regels van bewijsrecht te geven.[64] De verdragsluitende staten hebben dus een grote mate van discretie inzake de vraag naar de toelaatbaarheid of de waardering van het bewijs. Op deze discretie worden wel uitzonderingen gemaakt. In het bijzonder moet daarbij worden gekeken of de procedure als geheel, met inbegrip van de wijze waarop bewijs is geleverd, wel eerlijk in de zin van art. 6 lid 1 EVRM is:[65]

> 'The Court has nevertheless to ascertain whether the proceedings considered as a whole, including the way in which the evidence was taken, were fair as required by Article 6 § 1.'

---

63 Zoals het benoemen van een *Sachverständigengutachten* of het deskundigenbewijs dat door de partijen wordt geleverd.

64 EHRM 12 juli 1988, no. 10862/84, *ECHR, Serie A*, no 140, p. 29, ECLI:CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, r.o. 46 (*Schenk/Zwitserland*); EHRM 8 augustus 2006, no. 43803/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0808 JUD004380398, *EHRC* 2006/127, m.nt. F. Fernhout (*Eskelinen e.a./Finland*), rov. 31; EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 44.

65 EHRM 8 augustus 2006, no. 43803/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0808JUD004380398, *EHRC* 2006/127, m.nt. F. Fernhout (*Eskelinen e.a./Finland*), r.o. 31, onder verwijzing naar EHRM 12 juli 1988, no. 10862/84, *ECHR, Serie A*, no 140, p. 29, ECLI:CE:ECHR:1988:0712JUD001086284 (*Schenk/Zwitserland*), r.o. 46.

Dit betekent dat er dus wel mogelijkheden zijn voor EHRM om op de gang van zaken bij de bewijslevering controle uit te oefenen.

259 Juridische deskundigen: *Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*

Een interessant oordeel over het toelaten van deskundigenbewijs over rechtsvragen is gegeven in de zaak *Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*.[66] In die zaak kwam onder meer de vraag op of het niet toelaten van bepaald deskundigenbewijs over juridische aangelegenheden in strijd was met art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM ving aan met de constatering dat art. 6 lid 1 EVRM aan de rechter geen verplichting oplegt om deskundigenbewijs toe te staan, alleen maar omdat een der partijen daarom heeft verzocht.[67] Hoewel de betreffende nationale wetgeving het de rechter niet verbood om deskundigen te benoemen om zodoende over rechtsvragen te worden voorgelicht, oordeelde het EHRM, onder aanhaling van *iura novit curia*, dat juridische aangelegenheden normaliter binnen de bevoegdheid en ervaring van de rechter liggen ('within the judge's competence and experience'). Het is daarom aan de rechter om te bepalen of hij behoefte heeft aan assistentie inzake rechtsvragen, zodat de afwijzing van deskundigenbewijs binnen de *margin of appreciation* van de nationale autoriteit viel.[68]

Wanneer het toestaan of afwijzen van deskundigenbewijs van partijen over juridische aangelegenheden steeds binnen de *margin of appreciation* van nationale autoriteiten staat, betekent dit in beginsel dat het recht op een eerlijk proces daarop geen invloed uitoefent. Dit zou meebrengen dat de vaststelling van de inhoud van vreemd recht zich grotendeels zou onttrekken aan controle door het EHRM. Hierbij rijzen twee vragen, die verband houden met het beroep dat het EHRM deed op het adagium *iura novit curia*. Ten eerste is het de vraag, of dit slechts geldt voor juridisch deskundigenbewijs, omdat de kennis van het recht wordt gerekend tot het kennisdomein van de rechter, en dat voor overige kennisgebieden, zoals medische kennis, andere maatstaven gelden. Ten tweede is het de vraag, of dit oordeel van het EHRM ook opgaat voor deskundigenbewijs over de inhoud van vreemd recht, aangezien het dan niet vanzelfsprekend is dat de kennis van het recht valt binnen 'the judge's competence and experience', zoals het EHRM in *Khodorkovskiy* oordeelde. Vreemd recht behoort qua inhoud weliswaar niet tot het domein van de rechter, maar betreft het juridisch redeneren, waarmee de rechter bekend is.

260 Overige rechtspraak inzake deskundigen

Een andere vraag is of partijen het recht moeten hebben om, wanneer door de rechter (ambtshalve) deskundigenbewijs is opgedragen, de aldus benoemde des-

---

66 EHRM 25 juli 2013, no. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206 (*Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*), i.h.b. rov. 722.

67 EHRM 25 juli 2013, no. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206 (*Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*), r.o. 721.

68 EHRM 25 juli 2013, no. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206 (*Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*), r.o. 722.

kundigen te mogen horen. Er is een vaste lijn van jurisprudentie van het EHRM volgens welke partijen die mogelijkheid moeten hebben. Daarbij kunnen twee aspecten van het recht op een eerlijk proces een rol spelen, namelijk het recht op 'adversarial proceedings' en het vereiste van onpartijdigheid.[69] Dit is aan de orde gekomen in de uitspraken *Mantovanelli/Frankrijk, Eskelinen e.a./Finland* en in *Eggertsdóttir/Frankrijk*.

In *Mantovanelli/Frankrijk*[70] betreft het een geval van medische aansprakelijkheid, waarbij de rechter een deskundige had benoemd. De eisende partijen mochten op dat rapport slechts achteraf commentaar geven, en hun verzoek om een andere deskundige te benoemen werd afgewezen. Het EHRM oordeelde dat zij daarom geen werkelijke mogelijkheid hadden gekregen om op een 'effectieve' manier het rapport te becommentariëren. Daarbij speelde mee dat de deskundige dezelfde vraag moest beantwoorden als de rechter, namelijk of sprake was van nalatigheid aan de kant van de aansprakelijk gestelde partij, en dat het ging om technische expertise die niet tot het kennisdomein van de rechter hoorde. Ook al was de rechter aan dat rapport niet gevonden, betekende dit nog wel dat het rapport een '(…) preponderant influence on the assessement of the facts'[71] kon hebben. Dit in aanmerking nemende kan dit oordeel ook voor een deskundigenbericht over vreemd recht van belang zijn.

In tegenstelling tot *Mantovanelli*, waarin het om medische expertise ging, betrof het deskundigenbewijs in de zaak *Eskelinen e.a./Finland*[72] juist rechtsvragen, ook al betrof het in dat geval een strafrechtelijke zaak. In de opsporingsfase van een onderzoek naar het onthullen van bedrijfsgeheimen werd door de opsporingsinstanties een zekere 'Professor M.C.' gehoord over de juridische aspecten van de zaak. In de behandeling van de zaak werd deze deskundige niet opgeroepen om te worden gehoord, ook al citeerde de rechter veel uit zijn rapport. In hoger beroep werd door de verdachte verzocht om deze deskundige te horen, hetgeen door de appelrechter werd afgewezen. In de procedure voor het EHRM voerde de verdachte aan dat sprake was van een schending van art. 6 lid 1 EVRM. Het EHRM ging daarin echter niet mee en oordeelde dat de partijen in staat waren om het rapport te betwisten. Ook was het niet waarschijnlijk dat, in tegenstelling tot *Mantovanelli*, het rapport een 'preponderant influence' zou hebben op het oordeel van de rechtbank, aangezien rechtsvragen tot het domein van de rechter kunnen worden gerekend. De rechter was dus niet gebonden aan diens oordeel, en had zich ook niet uitsluitend op de opinie van de betrokken hoogleraar gebaseerd. Vanwege het vereiste van 'adversarial proceedings' moeten partijen alle overwogen kwesties kunnen beoordelen, en daarbij moet worden beoordeeld of het deskundigenbericht de bewijs-

69 Zie voor het laatste ook Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 220-222.

70 EHRM 18 maart 1997, no. 21497/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0318JUD002149793, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (*Mantovanelli/Frankrijk*).

71 EHRM 18 maart 1997, no. 21497/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0318JUD002149793, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (*Mantovanelli/Frankrijk*), r.o. 36

72 EHRM 8 augustus 2006, no. 43803/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0808JUD004380398, *EHRC* 2006/127, m.nt. F. Fernhout (*Eskelinen e.a./Finland*).

waardering of de waardering van deze kwesties door de rechter vervangt.[73] In dit geval, zo oordeelde het EHRM, was van een schending van art. 6 EVRM geen sprake.

In *Eggertsdóttir/IJsland*[74] betrof het, net als in *Mantovanelli*, een geval van medische aansprakelijkheid. De hoogste rechter van IJsland was bij wet verplicht om daarbij de expertise in te roepen van de zogeheten '*State Medico-Legal Board*', een door de overheid ingestelde commissie van medische deskundigen. De gelaedeerde partij klaagde bij het EHRM over het feit dat in dat orgaan ook artsen zitting hadden die werkzaam waren bij het ziekenhuis waarvan de aansprakelijkheid in het geding was. Om die reden zouden deze deskundigen dus (mogelijk) partijdig zijn. Het EHRM herhaalde zijn vaste rechtspraak dat het EVRM geen regels inzake bewijsrecht geeft, maar dat niettemin wel bij de uitoefening van die regels het EVRM geschonden kon zijn. In dit specifieke geval oordeelde het EHRM dat het vereiste van onpartijdigheid weliswaar niet op deskundigen van toepassing was, maar dat de eventuele onpartijdigheid van de deskundige wel een schending van het beginsel van 'equality of arms' kon opleveren, wanneer de rechter bij zijn vonnis zich grotendeels heeft verlaten op het advies van de deskundige. De 'procedural position and role' van de deskundige speelt daarbij een belangrijke rol, welke rol in casu als dominant werd aangemerkt.[75] Daarbij speelde onder andere mee dat de rol van de SMLB bij het formuleren van een rechterlijke beslissing een zwaarder gewicht toegekend kon worden dan die van een door partijen geïnstrueerde deskundige, dat de partijen geen vragen aan het SMLB konden formuleren, en dat de taak van de SMLB verder ging dan alleen maar een deskundige opinie te verschaffen, maar op de uitkomst van het geschil een intrinsieke invloed uitoefende (vaststellen van de aansprakelijkheid).

Toegepast op deskundigenbewijs over buitenlands recht kan deze rechtspraak repercussies hebben voor die rechtsstelsels die een gespecialiseerd instituut kennen waar nationale rechter advies kunnen inwinnen. Wanneer er banden zijn tussen het instituut en één van de partijen, bijvoorbeeld omdat die partij eerder al op eigen initiatief advies had gevraagd aan het instituut, kan dit mogelijk de onpartijdigheid van de rechter in gevaar brengen.[76]

261 Deskundigenbewijs: conclusie

Voor wat betreft het ambtshalve bevelen van deskundigenbewijs inzake buitenlands recht, lijkt de voorzichtige conclusie te kunnen worden getrokken dat het EVRM aan nationale rechters (of andere autoriteiten) veel ruimte laat om naar eigen inzicht de afweging te maken van de noodzakelijkheid van het deskundigenbewijs. Het deskundigenbewijs inzake rechtsvragen lijkt aan een wat soepeler regime onderworpen te zijn dan dat inzake andere kwesties die niet binnen de competentie of het

73 EHRM 8 augustus 2006, no. 43803/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0808JUD004380398, *EHRC* 2006/127, m.nt. F. Fernhout (*Eskelinen e.a./Finland*), r.o. 31-34.

74 EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 42.

75 EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705:JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 47-54.

76 Zie, voor Zwitserland, ook Kiestra, *Impact* 2011, p. 190-191.

kennisgebied van de rechter vallen. Het beantwoorden van rechtsvragen behoort immers tot de taak van de rechter, zodat een al te sterke beïnvloeding door deskundigen minder voor de hand ligt.[77] Niet duidelijk is of het EHRM een andere afweging zou maken wanneer het deskundigenbewijs het recht van een andere staat betreft. Mocht dat niet het geval zijn, zou dit erop kunnen wijzen dat de rechtsstelsels die uitgaan van de ambtshalve toepassing van conflicten- en vreemd recht een zeker voordeel hebben, in die zin dat zij voor een belangrijk deel aan toetsing door het EHRM zijn onttrokken.

262 Overige documenten en opinies

Elk document dat een beargumenteerde opinie bevat op de zaak en dat rechtstreeks door de rechter wordt verkregen, moet door de partijen becommentarieerd kunnen worden. Dit geldt ook voor informatie die niet via deskundigenbewijs wordt verkregen. Als een rechter dus ambtshalve een opinie vraagt van een bepaalde commissie en deze opinie in diens oordeel betrekt, moet een partij haar visie hierop kenbaar kunnen maken voordat de rechter uitspraak doet.[78] Voor vreemd recht kan dit van bijzonder belang zijn, aangezien in stelsels als het Nederlandse en Duitse vaak gebruik wordt gemaakt van informele methoden van informatieverkrijging. Te denken valt aan het vragen van een advies van deskundige instituten als het IJI, het T.M.C. Asser Instituut of het Max Planck Institut. Deze adviezen gelden niet altijd als deskundigenbewijs in formele zin, maar kunnen de door de rechter op eigen initatief worden ingewonnen. Partijen moeten dus ook op zo'n ambtshalve ingewonnen advies hun visie kunnen geven.

5.2.5.4 Niet-vaststelbaarheid van de inhoud van vreemd recht

263 Redelijke termijn

De vraag of het EVRM van invloed is op de afweging die de nationale rechter moet maken wanneer deze wordt geconfronteerd met de toepasselijkheid van een buitenlands recht waarvan de inhoud niet kan worden vastgesteld, is al grotendeels behandeld bij de bespreking van het *Karalyos*-arrest in paragraaf 5.2.3. Uit dat arrest kan de conclusie worden getrokken dat de nationale rechter naar alternatieven moet kijken wanneer de benodigde informatie op zich laat wachten. Dit kan zowel van invloed zijn op de keuze welk middel wordt gekozen[79] als op de conclusie, dat een surrogaatrecht moet worden toegepast. Het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn maakt dat de rechter het tempo van de procesgang moet bewaken, ook wanneer het gaat om de inhoud van vreemd recht.

---

77 Anders blijkbaar: Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 221-222, die meent dat informatie van (deskundige) derden over rechtsvragen een vergelijkbaar risico van (de schijn van) afhankelijkheid en partijdigheid kan opleveren.

78 EHRM 12 december 2001, 29346/95, ECLI:CE:ECHR:2001:0531JUD002934695 (*K.S./Finland*), r.o. 21-24

79 Zie paragraaf 5.2.5.3.

264 Rechtsweigering

De vraag of art. 6 EVRM toestaat dat een vordering wordt afgewezen omdat de inhoud van het toepasselijke recht niet is komen vast te staan, laat zich niet gemakkelijk beantwoorden. Enerzijds zou dit als een consequentie van de bewijswaardering worden gezien, waarvan het EHRM al heeft geoordeeld, dat dit aan de nationale rechter is.[80] Anderzijds kan dit als strijdig met het recht op toegang tot de rechter worden beschouwd. Het EHRM heeft immers geoordeeld dat dit recht niet alleen op het aanhangig maken van de procedure ziet, maar ook op het verkrijgen van een beslissing.[81] Dit lijkt eraan in de weg te staan dat de rechter een vordering om die reden afwijst, en lijkt het eerder aangewezen dat hij op grond van een ander regelstelsel – zoals de lex fori – probeert een beslissing te geven. Het niet behandelen van de zaak, terwijl er ook een beslissing gegeven kan worden op grond van het eigen recht, lijkt daarmee in strijd met art. 6 EVRM te zijn.

5.2.5.5 Appel en cassatie

265 Geen recht op een hogere voorziening

Is het in strijd met het recht op toegang tot de rechter wanneer een partij geen of slechts beperkte mogelijkheden heeft om het oordeel van de rechter voor te leggen aan een hogere instantie? En wat betekent dit voor de soms beperkte toepassing van vreemd recht, of toetsing van die toepassing, in hogere instanties? Vooropgesteld kan worden dat het EVRM de verdragsluitende staten niet verplicht om te voorzien in rechtsmiddelen als appel of cassatie. Dat neemt niet weg dat een staat die besluit daar wel in te voorzien, moet garanderen dat de fundamentele rechten van partijen ook in die fasen van de procedure zijn gewaarborgd.[82] Ten aanzien van de vraag of er beperkingen aan het hoger beroep, of het beroep in cassatie, gesteld mogen worden, heeft het EHRM geoordeeld dat art. 6 EVRM, waar het recht op toegang tot de rechter deel vanuit maakt niet absoluut is, en zeker ten aanzien van de toelaatbaarheid van het appel kunnen daaraan bepaalde beperkingen gesteld worden.[83] Voor zover appel is toegestaan, mag de toegang daartoe niet zodanig worden beperkt dat de essentie van dat recht wordt benadeeld. Beperkingen moeten een legitiem doel hebben en er moet sprake zijn van een 'reasonable proportionality' tussen de beperking en het daarmee beoogde doel. Een inbreuk is afhankelijk van de bijzon-

---

80 Zie paragraaf 5.2.5.3.

81 EHRM 13 juli 2004, no.40786/98, RJ&D ECHR 2004-VIII, ECLI:CE:ECHR:2004:0713JUD004078698, (*Beneficio Capella Paolini/San* Marino), r.o. 29.

82 Dit blijkt uit de arresten EHRM 17 januari 1970, zaak no. 1689/65, *Series* A no. 11, ECLI:CE:ECHR:1970:0117JUD000168965 (*Delcourt/België*), r.o. 25-26, en EHRM 14 december 1999, zaak no. 34791/97, *RJD* 1999-IX, ECLI:CE:ECHR19991214JUD003479197 (*Khalfaoui/Frankrijk*), r.o. 37. Deze zaken betroffen het strafrecht, maar het valt niet aan te nemen dat de afweging in het kader van het burgerlijk recht anders zou uitvallen.

83 Zo blijkt ten aanzien van strafrecht uit EHRM 16 oktober 2001, zaak no. 38055/97, ECLI:CE:ECHR:2001:1016JUD003805597 (*Eliazer/Nederland*), r.o. 30.

dere eigenschappen van de procedure en er moet met het geheel van de procedure rekening worden gehouden.[84]

Deze overwegingen in aanmerking nemende, betekent dit dat het verdragsluitende staten in beginsel dus vrij staat om in appel of cassatie de toepassing van vreemd recht te beperken. Om te beginnen is het de vraag of de beperking van de toetsing van vreemd recht als een beperking in de hier bedoelde zin moet worden beschouwd. De jurisprudentie van het EHRM ziet voornamelijk op zaken waarin het instellen van een hogere voorziening aan bepaalde voorwaarden is gebonden. Kan dat worden vergeleken met een beperkte toetsing van de rechtstoepassing, zoals in Revision of cassatie? De enige procedurele beperkingen die in hoger beroep aan de toepassing van vreemd recht worden gesteld, geven waarschijnlijk geen aanleiding tot problemen. Het is immers steeds mogelijk om voor appelrechter de onjuiste toepassing van buitenlands recht door de lagere rechter aan de orde te stellen. Voor zover dit al beperkt is, hebben de partijen daarop meestal zelf invloed, zoals de omvang van de grieven. Slechts in die vormen van een hogere voorziening waarin de toepassing van buitenlands recht per definitie niet kan worden getoetst, zou wellicht van een beperking in de zin van de jurisprudentie van het EHRM gesproken kunnen worden.

266 Toegang tot de rechter

Kan het ontbreken van de mogelijkheid om in hoogste instantie een rechtsklacht over het vreemde recht aan te voeren, werkelijk een schending van de toegang tot de rechter opleveren? Deze vraag is lastig te beantwoorden. Ook als is een rechtsklacht in sommige stelsels niet mogelijk, kan daarentegen de toepassing van buitenlands recht wel op een andere, weliswaar marginale, manier worden getoetst. Er is dus een vorm van controle mogelijk. Zelfs als een schending wordt aangenomen, zijn daarvoor in ieder geval rechtvaardigingsgronden aan te voeren. De beperking is legitiem, aangezien de hoogste rechter onvoldoende kennis van het vreemde recht zal hebben om diens controlerende taken goed te kunnen uitvoeren. Verder is het instituut van de cassatie of de Revision vooral bedoeld om de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling te garanderen.

Aan de andere kant is door het EHRM geoordeeld dat rechterlijke uitspraken, ook die in cassatie, altijd invloed op de rechtspositie van de partijen hebben. De beperkte toetsing die in cassatie aan de dag wordt gelegd, is daarom geen reden om deze beslissing anders te beoordelen dan die van een feitenrechter.[85] Verder is het de vraag of de beperking wel proportioneel is. In plaats van toetsing helemaal uit te sluiten, kunnen er alternatieve manieren worden bedacht om het probleem te verhelpen. Zo kan op de partij die de vernietiging van het lagere vonnis verzoekt,

84 EHRM 17 januari 1970, zaak no. 1689/65, *Series* A no. 11, ECLI:CE:ECHR:1970:0117JUD000168965 (*Delcourt/België*), r.o. 25-26, en EHRM 14 december 1999, zaak no. 34791/97, *RJD* 1999-IX, ECLI:CE:ECHR19991214JUD003479197 (*Khalfaoui/Frankrijk*), r.o. 37.

85 EHRM 17 januari 1970, zaak no. 1689/65, *Series* A no. 11, ECLI:CE:ECHR:1970:0117JUD000168965 (*Delcourt/België*), r.o. 25. In *Delcourt* werd specifiek ingegaan op het argument dat een cassatierechter een lager oordeel slechts kan bekrachtigen of vernietigen. In Nederland kan de Hoge Raad de zaak na vernietiging ook zelf afdoen (art. 420 Rv).

aan een zwaardere stelplicht worden onderworpen, of kan mogelijk een andere maatstaf voor vernietiging worden aangelegd. Maar dit laatste argument neemt aan kracht af, naarmate een partij al op een alternatieve wijze een motiverings- of anderzins procedurele klacht de toepassing van vreemd recht kan laten controleren.

Al met al lijkt de beperkingen die in hoger beroep en in hoogste instantie aan de toepassing van vreemd recht, dan wel de controle op die toepassing, worden gesteld, als zodanig niet in strijd te zijn met het recht op toegang tot de rechter. Wel moeten de overige voorwaarden van art. 6 lid 1 EVRM op gelijke wijze als in eerste aanleg worden gerespecteerd. Een voorbeeld daarvan is het recht op een gemotiveerd vonnis. Hoewel voor een oordeel in appel niet noodzakelijkerwijze dezelfde eisen gesteld moeten worden als in eerste aanleg, neemt dat niet weg dat de rechter daadwerkelijke de 'essentiële strijdpunten' moet hebben behandeld.[86] Dit betekent dat een tegen de toepassing van vreemd recht aangevoerde grief daadwerkelijk moet zijn behandeld. Een ongemotiveerde verwerping is dan ook in strijd met art. 6 lid 1 EVRM.

267 Cassatie

Voor de cassatie zijn de verschillende uitspraken van het EHRM inzake het recht op een 'fair trial' van belang, meer in het bijzonder het recht van de partijen om zich te kunnen uitlaten over een eventueel ambtshalve toe te passen grond voor de niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep.[87] In deze zaken werd door het EHRM geoordeeld dat de partijen het recht hebben om zich over het voornemen, een dergelijke grond ambtshalve toe te pasen, uit te laten. Van groot belang daarbij is de vraag, in hoeverre de stellingen van de partijen van invloed hadden kunnen zijn op de beslissing van de rechter.[88] Voor de situatie van vreemd recht zal dit betekenen dat het verwerpen van een cassatie- of vergelijkbaar beroep op een ambtshalve toe te passen rechtgrond zonder dat de partijen zich daarover in voldoende mate hebben kunnen uitlaten, problematisch kan zijn. Indien bijvoorbeeld de Hoge Raad geen rechtsklacht over vreemd recht toestaat, maar wel de toepassing van vreemd recht gebruikt om het beroep in cassatie te verwerpen, of het vreemde recht, na gegrondbevinding van het casssatieberoep, zelf ambtshalve toepast, kan de jurisprudentie van het EHRM in beeld komen.

86 Zie o.a. Harris e.a., *Law of the European Convention on Human Rights* 2014, p. 431.

87 Zie, bijvoorbeeld, de beslissingen in EHRM 13 oktober 2005, zaken 65399/01, 65406/01, en 65407/01, ECLI:CE:ECHR:2005:1013JUD006539901 (*Clinique des acacias e.a./Frankrijk*); EHRM 27 april 2010, zaak 23083/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0427JUD002308305 (*Hudáková e.a./Slowakije*); EHRM 26 juli 2011, zaak 41262/05, zaak ECLI:CE:ECHR:2011:0726JUD004126205 (*Ringier Axel Springer Slovakia, A.S./Slowakije*).

88 Vgl. EHRM 27 april 2010, zaak 23083/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0427JUD002308305 (*Hudáková e.a./Slowakije*).

5.2.6 Materiële mensenrechten als grondslag voor de toepassing van vreemd recht?

268 Art. 8 EVRM en art. 1 Eerste Protocol EVRM

In de voorgaande paragrafen is de vraag behandeld, in hoeverre de wijze waarop conflicten- en buitenlands recht processueel wordt behandeld in strijd kan zijn met de mensenrechten, in het bijzonder met art. 6 lid 1 EVRM. Het is een andere vraag in hoeverre mensenrechten, vooral wanneer zij van een meer materiële aard zijn, juist de toepassing van het buitenlandse recht kunnen vereisen. Dit is tot op heden een vrij academische vraag gebleven, die slechts door enkele auteurs is behandeld.[89] Veelal wordt dit vraagstuk geplaatst in de sleutel van het recht op de bescherming van een culturele identiteit, zoals dit in de rechtspraak van het EHRM en in een beslissing van de ECRM al aan de orde is gekomen.[90] Deze rechtspraak kan analoog wordten toegepast op de toepasselijkheid van een vreemd recht, dat mogelijk door mensenrechten als art. 8 EVRM of art. 1 Eerste Protocol EVRM kan worden gewaarborgd.

269 'Vehicle for substantive rights'?

Wat brengt dit mee voor de toepassing van conflicten- en buitenlands recht in de civiele procedure? Kan er sprake zijn van een schending van materiële rechten uit het EVRM wanneer een nationale rechter het vreemde recht niet toepast? Voor de beantwoording van die vraag kan aansluiting worden gevonden bij een stelling van Kinsch over de erkenning van vreemde vonnissen. Aangezien, zo stelt Kinsch, vonnissen kunnen worden beschouwd als '*vehicles for substantive rights*', betekent dit dat de weigering om een vreemd vonnis te erkennen kan worden beschouwd als een weigering om de daarin bevatte subjectieve rechten te erkennen. Voor zover deze rechten worden beschermd door bepalingen van het EVRM, zoals art. 8 EVRM over het recht op *family life*, kan een dergelijke weigering om subjectieve rechten te erkennen neerkomen op een schending van deze bepalingen van het EVRM, zo meent Kinsch.[91] Wanneer deze redenering wordt doorgetrokken naar de in deze studie onderzochte problematiek, valt op dat er een zekere analogie met de toepassing van buitenlands recht bestaat. Indien vonnissen worden beschouwd als dragers van subjectieve rechten, geldt dat dan ook niet voor het objectieve recht waaraan de subjectieve rechten worden ontleend?[92]

270 Analogie: erkenning vreemde vonnissen

De idee dat de aantasting van een voor tenuitvoerlegging vatbaar vonnis een schending van fundamentele rechten kan betekenen, wordt ondersteund door de

89 O.a. Kiestra, *The Impact* 2011, p. 180-187; Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, § 3, no. 24; Van Loon 1993, p. 137-139.

90 Zie, voor een overzicht, Kiestra, *The Impact* 2011, p. 185-187.

91 P. Kinsch, 'Enforcement as a fundamental right', *NIPR* 2014, p. 540-544, p. 540-541.

92 Zie ook Stuij, in: *Fundamental Rights* 2016, p. 206.

rechtspraak van het EHRM. De verbintenissen die zijn vastgelegd in een bindend en uitvoerbaar vonnis, worden wel gezien als 'possessions' die worden beschermd door art. 1 Eerste Protocol EVRM (*right to property*). Zo oordeelde het EHRM in *Solomun/Kroatië* dat de vernietiging van een vonnis een schending van art. 1 Eerste Protocol kan betekenen:[93]

> 'The Court has constantly held that the existence of a debt confirmed by a binding and enforceable judgment furnishes the judgment beneficiary with a 'legitimate expectation' that the debt would be paid and constitutes one of the beneficiary's 'possessions' within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1. Quashing such a judgment amounts to an interference with his or her right to peaceful enjoyment of possessions.'

Hoewel dit oordeel zag op de erkenning van veroordelende vonnissen, is het de vraag of deze redenering *mutatis mutandis* ook kan worden toegepast op het toe te passen objectieve recht. Als de nationale rechter het vreemde recht niet toepast wegens beperkingen van nationaal procesrecht, zoals in een systeem van *voluntary pleading*, kan dit dan een schending van een materieel mensenrecht als art. 1 EP EVRM opleveren? Deze vraag zal hoogtwaarschijnlijk ontkennend beantwoord worden. In tegenstelling tot verkregen vonnissen die een schuldvordering toekennen,is het objectieve recht eenvoudigweg te abstract van aard om daadwerkelijk als een dergelijk '*vehicle for substantive rights*' te kunnen dienen. In een vonnis zijn immers de subjectieve rechten van de partijen, na een proces van kwalificatie van de feiten en de waardering daarvan in het licht van het recht, al door de (buitenlandse) rechter vastgesteld. Dit is een verschil met het objectieve (vreemde) recht, dat weliswaar subjectieve rechten voor de partijen bevat, maar dat deze subjectieve rechten pas toekent wanneer er een vaststaand feitencomplex is dat daartoe aanleiding geeft. Dat maakt dat objectief recht moeilijker als een 'vehicle for substantive rights' kan worden beschouwd. Bovendien is de uiteindelijke toepassing van het vreemde recht niet noodzakelijkerwijs gegeven indien de rechter dit ambtshalve moet doen. Conflictregels zijn immers indirect van aard, en bij de vaststelling van de juiste inhoud van het vreemde recht kunnen zich uit de aard der zaak verschillende moeilijkheden voordoen. Ook is het nog de vraag of de 'inbreuk', als dit zo genoemd kan worden, wellicht 'gerepareerd' wordt door een rechtvaardigingsgrond. Hoewel het in theorie een interessant debat betreft, zal het antwoord op voormelde vraag ontkennend beantwoord moeten worden.

5.2.7 Conclusie

271 Conclusie

Uit het voorgaande komt naar voren dat het EVRM relatief weinig invloed uitoefent op de processuele status van buitenlands recht in de nationale stelsels van burgerlijk procesrecht. Het EVRM staat niet met zoveel woorden in de weg aan het beginsel *iura novit curia*, mits de vereisten van hoor en wederhoor zijn gerespecteerd. Wel kan

93 EHRM 2 april 2015, no. 679/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0402JUD000067911 (*Solomun/Kroatië*), r.o. 60.

de manier waarop nationale rechters omgaan met deskundigenbewijs mogelijk de vereisten van art. 6 EVRM schenden.

Een uitzondering betreft het geval waarin het redelijke termijn-vereiste is geschonden, omdat de nationale rechter onderzoek moet doen naar de inhoud van een ander rechtsstelsel en daaraan onevenredig veel tijd kwijt is. Hoewel het EHRM meer lankmoedigheid laat zien in internationale gevallen, omdat deze meer complex zijn en assistentie vanuit het buitenland soms vereist is, is dat niet voldoende om de lange duur van de procesgang te rechtvaardigen. Van de nationale (rechterlijke) autoriteiten wordt verwacht dat zij zich proactief opstellen en zo mogelijk alternatieven voor de toepassing van buitenlands recht aanwenden om zo de procedure te bespoedigen. Daarbij kan worden gedacht aan de toepassing van een door het nationale recht toegestaan 'surrogaatrecht' of aan andere wijzen om de inhoud van vreemd recht vast te stellen.

Het is een interessante discussie in hoeverre materiële rechten uit het EVRM, zoals het recht op *family life* van art. 8, ertoe kunnen leiden dat de nationale autoriteiten de plicht hebben om buitenlands recht toe te passen, of althans rechten die aan buitenlands recht zijn ontleend, te erkennen. Uiteindelijk zal deze invloed maar beperkt zijn vanwege de bijzondere, want indirecte, aard van de conflictregels.

5.3 Het recht van de Europese Unie: nuttig effect en procesautonomie

5.3.1 Introductie

272 Europees karakter conflictenrecht

Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam is de bevoegdheid van de Europese instellingen om instrumenten op het gebied van internationale samenwerking in burgerlijke en handelszaken tot stand te brengen verplaatst van de zogenaamde 'derde pijler' (Justitie en Binnenlandse Zaken), waarin de 'Ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid' nog als flankerend beleid werd aangemerkt,[94] naar de 'eerste pijler' (EG).[95] Met deze wijziging is ook het karakter van Europese ipr-instrumenten veranderd. Eerst konden deze slechts tot stand worden gebracht door middel van verdragen,[96] terwijl na het Verdrag van Amsterdam deze onderdeel zijn geworden van het secundair Gemeenschapsrecht (tegenwoordig: secundair Unierecht). Dit roept de vraag op of daardoor ook de processuele status van dergelijke regelingen een verandering heeft

94 Door art. K.1. van het Verdrag betreffende de Europese Unie, met het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, 31 augustus 1992, *Pb EG* 1992 C 224/01.

95 Craig & De Búrca, *EU Law* 2011, p. 925. De materie werd ingevolge art. 73 M van het Verdrag van Amsterdam geregeld in art. 65 EG-Verdrag.

96 Zie art. 220 EEG-verdrag 1957 (art. 293 EG-verdrag na het Verdrag van Amsterdam), dat voorschreef dat lidstaten, voor zover nodig, met elkaar in onderhandeling teden over de vereenvoudiging van de formaliteiten voor de wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen en scheidsrechterlijke uitspraken. Aangezien het EVO als logisch vervolgstuk op het EEX-verdrag werd beschouwd, is deze grondslag ook voor het EVO gehanteerd. Zie M. Giuliano & P. Lagarde, 'Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst', *PbEG* 1980, C 282/1, p. 5.

ondergaan. Betekent het gegeven dat deze regels voortaan een Europees karakter hebben ook dat deze daardoor ambtshalve moeten worden toegepast?

In deze paragraaf zal worden bekeken in hoeverre het Europese karakter van de ipr-regelingen op EU-niveau invloed heeft op de processuele behandeling ervan. Eerst zal in paragraaf 5.3.2. de twee wijzen worden behandeld waarop Europees recht met nationaal recht in conflict kan komen. Daarbij zal worden aangesloten bij een voornamelijk in de Duitse doctrine[97] gemaakt onderscheid tussen een zogenaamde directe collisie ('*direkte Kollision*') en een indirecte collisie ('*indirekte Kollision*').[98] De directe collisie betekent dat het bestaan van een regeling op EU-niveau kan botsen met een regeling van nationaal recht die hetzelfde onderwerp betreft. In internationaal-privaatrechtelijk verband zou dat betekenen dat de bestaande instrumenten al een plicht tot ambtshalve toepassing inhouden (paragraaf 5.3.3.). De indirecte collisie houdt in dat vanwege het Europese karakter van de verordeningen, het nuttig effect ervan gegarandeerd moet worden. In dat geval is het de vraag in hoeverre het nationale recht inzake de toepassing van conflicten- en buitenlands recht daaraan in de weg staat (paragraaf 5.3.4.). Overigens kan het Europees Unierecht ook anderszins relevant zijn voor de vraag naar de ambtshalve toepassing van Europees ipr en vreemd recht door de nationale rechter. Zo is het de vraag in hoeverre het beginsel van non-discriminatie van belang is voor de toetsing van buitenlands recht in hoogste instantie[99] en op welke wijze Europese gerechten als het HvJ EU zelf met de toepassing van het recht van een lidstaat omgaan.[100] Deze restcategorie zal worden besproken in paragraaf 5.3.5. Tot slot zullen in paragraaf 5.3.6 tussentijdse conclusies worden getrokken.

Ten overvloede nog een kleine afbakening. Het is mogelijk dat internationaal privaatrecht op een andere wijze botst met primair Europees recht dan in bovengenoemde zin. Een voorbeeld hiervan is de *cautio iudicatum solvi*, die strijdig kan zijn met het beginsel van non-discriminatie,[101] of een verwijzingsregel inzake de naam, die in strijd kan zijn met het EU-burgerschap.[102] Ook is een door nationaal recht

---

97 R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven, 'De voorrangsregel versus het beginsel van nationale procedurele autonomie', *SEW* 2008, afl. 12, p. 471-477, p. 472.

98 Zie daarover uitgebreider Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 271 e.v.; Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 104 e.v.

99 Zo ook A. Flessner, 'Das ausländische Recht im Zivilprozess – die europäischen Anforderungen', in: G. Reichelt (red.), *30 Jahre österreichisches IPR-Gesetz – Europäische Perspektiven. Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht. Band 19*, Wenen: Manz 2009, p. 35-47, op p. 44-45.

100 M. Traest & V. van Overmeire, 'Over vreemd nationaal recht voor de nationale rechter en de Unierechter', in: A. Bossuyt e.a. (red.), *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent: Larcier 2011, p. 437-449.

101 HvJ EG 26 september 1996, zk. C-43/95, *Jur.* 1996, p. I-4661 (*Data Delecta*);HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-323/95, *Jur.* 1997, p. I-1711, en HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-122/96, *Jur.* 1997, p. I-5325 (*Saldanha*). In HvJ EU 7 april 2011, zaak C-291/09, *Jur.* 2011, p. I-2685 (*Guarnieri & Cie.*), werd door het Hof van Justitie geen schending van het vrije verkeer van goederen aangenomen.

102 Zie HvJ EG 2 oktober 2003, zk. C-148/02, *Jur.* 2003, p. I-11613 (*Garcia Avello*), HvJ EG 14 oktober 2008, zk. C-353/06, *Jur.* 2008, p. I-7639 (*Grunkin-Paul*) en HvJ EU 22 december 2010, zk. C-208/09, *Jur.* 2010, p. I-13693 (*Sayn-Wittgenstein*). In HvJ EU 12 mei 2011, zaak C-391/09, *Jur.* 2011, p. I-3787 (*Runevi-Vardyn*), werd door het Hof van Justitie geen schending van het discriminatieverbod, noch van art. 21 VWEU aangenomen.

gesteld woonplaatsvereiste, dat de territoriale werkingssfeer van een niet door de Insolventieverordening bestreken insolventieprocedure bepaalde, wel in strijd met het vrije verkeer van werknemers geacht.[103] Deze kwesties zijn echter anders van aard dan hetgeen in dit hoofdstuk wordt besproken, omdat zij niet zien op de verhouding tussen rechter en partijen bij de rechtstoepassing in internationale geschillen. Om die reden zullen die problemen daarom niet in dit hoofdstuk aan de orde komen. Een uitzondering hierop is hetgeen Flessner heeft gesteld over de mogelijke strijd tussen het non-discriminatiebeginsel, enerzijds, en de in sommige rechtsstelsels bestaande regel dat buitenlands recht niet voor toetsing in hoogste instantie in aanmerking komt, anderzijds.[104] Dit zal worden behandeld in paragraaf 5.3.5.

5.3.2 Directe en indirecte botsingen tussen Unierecht en nationaal recht

273 Strijd met Unierecht; 'directe botsing'

Zoals in de vorige paragraaf al is aangegeven, kan nationaal recht op zowel een directe als een indirecte wijze in conflict komen met het Unierecht.[105] Het onderscheid tussen 'directe' en 'indirecte' botsingen is, zoals eerder al aangegeven, van Duitse origine.[106] Overigens wordt dit onderscheid niet door iedereen onderschreven. Sommigen menen dat de gehele problematiek onder het beginsel van effectieve rechtsbescherming valt te scharen.[107] In dit onderzoek zal, vanwege het verhelderende karakter ervan, daarentegen wel van dit onderscheid worden uitgegaan.

Van de twee soorten botsingen tussen nationaal recht en EU-recht gaat het bij de eerste soort – directe botsing – om die gevallen waarin het EU-recht en de nationale regel hetzelfde onderwerp hebben.[108] In deze situaties heeft het EU-recht voorrang op het nationale recht en moet de rechter de regel van nationaal recht desnoods buiten toepassing gelaten. Zo oordeelde het Hof van Justitie in het *Simmenthal*-arrest:[109]

> 'De nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, is verplicht zorg te dragen voor de volle werking dier normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten.'

---

103 HvJ EU 8 november 2012, zaak C-461/11, ECLI:EU:C:2012:704, *NIPR* 2013/151 (*Radziejewski*).

104 Flessner, in: *30 Jahre österreichisches IPR-Gesetz* 2009, p. 44-45

105 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 271 e.v.; Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 104 e.v.; Ortlep & Verhoeven, *SEW* 2008, p. 472-473, onder verwijzing naar de Duitse doctrine.

106 Ortlep & Verhoeven, *SEW* 2008, p. 472.

107 Asser/Hartkamp *3-I* 2011/112. Kritisch over deze opvatting Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 107.

108 Ancery, *Ambtshalve toepassing* 2012, p. 104-105; Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 271.

109 HvJ EU 9 maart 1978, zk. 106/77, *Jur.* 1978, p. 629, r.o. 21.

Het gaat er bij voorrang – en dus bij de 'directe botsing' – om of een bepaling op Unie-niveau en op nationaal niveau dezelfde inhoud ('substance') hebben.[110] Wanneer een regeling van EU-recht en van nationaal recht hetzelfde onderwerp beslaan, gaat de regeling van het Unierecht, dat van een hogere orde is, voor.[111] Deze regel heeft daarmee '*Sperrwirkung*'.[112] Dit betekent evenwel niet dat het nationale procesrecht per definitie voor het Unierecht moet wijken.[113] Zo volgt ook uit de conclusie van A-G Jacobs bij het *Van Schijndel*-arrest:[114]

> 'Naar mijn mening volgt uit de voorrang van het gemeenschapsrecht niet, dat een nationale rechter procesregels die beletten dat in een bepaalde fase van de procedure een gemeenschapsrechtelijke vraag wordt opgeworpen, onder alle omstandigheden buiten toepassing moet verklaren. Wat de voorrang van het gemeenschapsrecht in de eerste plaats vereist, is een algemene regel volgens welke, indien voor een nationale rechter een conflict ontstaat tussen een *materiële* bepaling van nationaal recht en een *materiële* gemeenschapsrechtelijke bepaling, laatstgenoemde bepaling voorrang heeft. Het is immers zonneklaar, dat het gemeenschapsrecht bij gebreke van een dergelijke algemene regel een dode letter zou zijn (mijn cursief, auteur).'

Omdat in deze categorie van gevallen de regel van Unierecht altijd voorrang heeft op de corresponderende regel van nationaal recht, stelt Ancery dat de nationale bepaling 'in abstracto' buiten toepassing wordt gelaten, dit in tegenstelling tot de situaties waarin sprake is van een indirecte botsing, in welke gevallen de toetsing *in concreto* plaatsvindt. [115]

274 'Indirecte botsing': *Rewe/Comet* en de procesautonomie

Naast de categorie van gevallen waarin de regel van Unierecht en de regel van nationaal recht hetzelfde onderwerp hebben, is het ook mogelijk dat de beide stelsels op een indirecte manier met elkaar in conflict kunnen komen. Dit houdt in dat, hoewel zij beiden een verschillend onderwerp regelen, de nationale regel de werking van de regel van EU-recht kan frustreren. Dit kan onder veroorzaakt worden door het bestaan van een nationale regel van procesrecht, op grond waarvan niet wordt toegekomen aan de toepassing van een bepaalde Unierechtelijke regel. De vraag die dan rijst, is in hoeverre de EU-regel 'doorwerkt' in het nationale (proces) recht en de nationale rechter zich moet conformeren aan de vereisten van het loyaliteitsbeginsel.

De vraag naar de doorwerking van Unierecht (of Gemeenschapsrecht) in het nationale procesrecht is voor het eerst aan de orde gekomen in de arresten *Rewe*[116]

---

110 Prechal, *CMLR* 1998, p. 685, voetnoot 16; Ortlep & Verhoeven, *SEW* 2008, p. 471, voetnoot 4

111 Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 104.

112 F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom juridisch 2017, no. IV-20, p. 170.

113 Daarover bestond aanvankelijk enige discussie. Zie Ortlep & Verhoeven, *SEW* 2008, p. 472. Prechal, *CMLR* 1998, p. 684, noemt het arrest in dit verband zelfs 'notoriously complex'.

114 HvJ EU 14 december 1995, zaak C-430-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705.

115 Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 105; Craig & De Búrca 2011, p. 233.

116 HvJ EG 18 december1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*).

en *Comet*.[117] In deze standaardarresten werd geoordeeld dat het nationale procesrecht bepaalt wat de voorwaarden voor de toepassing van Europees Gemeenschapsrecht zijn, wanneer er geen regeling op Gemeenschapsniveau is die dit specifiek regelt.[118] Het is aan de nationale rechtsorde om de bevoegde rechter aan te wijzen en procesregels te geven om op die manier de handhaving van aan Gemeenschapsrecht (of Unierecht) ontleende rechten te effectueren.[119] Deze 'autonomie' geldt slechts voor zover is voldaan aan de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.[120] Het eerste houdt in dat een vordering die is gebaseerd op Unierecht niet ongunstiger mag zijn dan een vordering die wordt gebaseerd op nationaal recht. Het tweede vereiste houdt in dat de toepassing van de procesregel de uitoefeningen van uit Unierecht voortvloeiende rechten niet uiterst moeilijk of in de praktijk nagenoeg onmogelijk mag maken. Het aldus ontstane stelsel, waarin de handhaving van het Unierecht in beginsel plaatsvindt via de nationale stelsels van procesrecht, wordt wel het beginsel van procesautonomie of procedurele autonomie van lidstaten genoemd.[121] Deze term wordt echter niet door iedereen gedeeld.[122] Het zou het bestek van deze studie te buiten gaan om deze discussie al te uitvoerig te bespreken, en zal gemakshalve worden aangesloten bij het begrip 'procedurele autonomie', te meer omdat ook het Hof van Justitie zelf deze terminologie gebruikt.[123]

275 Aanvulling van rechtsgronden: Van Schijndel

Wat betekent *Rewe/Comet*-regel voor het vraagstuk van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden? Deze vraag is besproken in het *Van Schijndel*-arrest.[124] Daarin ging het om de vraag of de nationale cassatierechter verplicht was om ambtshalve aan Europees recht ontleende rechtsgronden aan te vullen, desnoods buiten de rechtsstrijd van partijen om.

> Het betrof een civiele procedure over de verplichting om deel te nemen aan een bepaald pensioenfonds. Eerst in cassatie werd aangevoerd dat de regeling inzake beroepspensioenfondsen mogelijk in strijd was met het Europees mededingingsrecht. In zijn verzoek om een prejudiciële beslissing vroeg de Hoge Raad of de nationale rechter verplicht is om ambtshalve Europees Unierecht toe te passen, zelfs wanneer hij zich daarmee buiten de rechtsstrijd van partijen moet begeven.

---

117 HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 835 (*Comet*).

118 Prechal & Shelkoplyas, *ERPL* 2004, p. 590.

119 Zie HvJ EG 18 december1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*), r.o. 5, en HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 835 (*Comet*), r.o. 13.

120 Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 212, no. IV-98 , en Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 105.

121 Prechal & Shelkoplyas, *ERPL* 2004, p. 590; Ortlep & Verhoeven, *SEW* 2008, p. 472.

122 Zie C.M. Kakouris, 'Do the Member States Possess Judicial Procedural "Autonomy"?', *C.M.L.R.* 1997, p. 1389-1412, die meent dat er van een dergelijke procesautonomie geen sprake is, enkel van ´ institutionele autonomie´. Zie ook M. Bobek, 'Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States", in: B. de Witte & H. Micklitz (red.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 305-323.

123 Zie bijv. HvJ EU 8 juni 2017, zaak C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433 (*Vinyls Italia SpA/Mediterranea di Navigazione SpA*), r.o. 26.

124 HvJ EU 14 december 1995, zaak C-430-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705.

Het Hof van Justitie EG oordeelde dat een dergelijke plicht niet kan worden aangenomen. De vraag of de rechter ambtshalve de rechtsgronden heeft aan te vullen, is overgelaten aan het nationale procesrecht. Voor zover de rechter verplicht is dat ambtshalve te doen, heeft hij deze plicht ook indien de betreffende rechtsgrond aan Unierecht ontleend kan worden. Indien hij deze plicht niet heeft, hoeft hij ook het Unierecht niet ambtshalve, buiten de rechtsstrijd van partijen om, toe te passen. Deze zogenaamde 'één-op-één regel'[125] houdt in dat de verwezenlijking van het Unierecht plaatsvindt binnen de kaders van de nationale regels van procesrecht. Wanneer de nationale rechter daarentegen slechts de bevoegdheid en niet de plicht heeft om ambtshalve rechtsgronden aan te vullen, moet hij desondanks wel ambtshalve optreden. Dit wordt door sommigen wel de 'mogen is moeten-regel' genoemd.[126] Voorts geldt dat wanneer de nationale rechter op grond van de openbare orde ambtshalve moet optreden, hij dit ook moet doen wanneer het gaat om een bepaling van Unierecht waaraan ook een dergelijk karakter wordt toegekend.

Op de vraag, of is voldaan aan het vereiste dat de effectuering van aan Gemeenschapsrecht (dan wel Unierecht) ontleende rechten niet praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk moet zijn, wordt in het Van Schijndel arrest nader ingegaan. Of het effectiviteitsbeginsel is geschonden, moet worden beoordeeld met inachtneming van de plaats van de bepaling in de gehele procedure, het verloop van de procedure en de bijzondere kenmerken ervan. In voorkomend geval moet rekening worden gehouden met beginselen van nationaal procesrecht, zoals de rechten van de verdediging, de rechtszekerheid en een goed verloop van de procedure,[127] hetgeen ook wel wordt geduid als de 'procedurele *rule of reason*'.[128] In het kader van de specifieke context van de ambtshalve aanvulling van rechtsgronden kan een eventuele beperking zijn gelegen in de plicht van de nationale rechter om zich aan het voorwerp van het geschil en de aangevoerde feiten te houden.[129] Hiervoor is, zo oordeelt het Hof van Justitie, een rechtvaardiging te vinden in het uitgangspunt dat het initiatief bij partijen ligt. Dit is slechts anders indien er een openbaar belang in het geding is, hetgeen uitdrukking geeft aan de in de meeste lidstaten bestaande verhouding tussen staat en particulier. Tevens worden zo de rechten van de verdediging beschermd en is een goed verloop van de procedure gegarandeerd, omdat er geen vertraging plaatsvindt door de beoordeling van nieuwe rechtsgronden.[130]

276 Mededingingsrecht en consumentenrecht

Er heeft zich in de jurisprudentie verder een aantal ontwikkelingen voorgedaan, op grond waarvan de vraag kan worden gesteld of de *Van Schijndel*-doctrine inmiddels niet achterhaald is. Deze ontwikkelingen hebben grotendeels plaatsgevonden op

125 Ontleend aan Snijders, *WPNR* 2008, p. 541-542.

126 Zie Snijders, *WPNR* 2008, p. 547; Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 80.

127 *Van Schijndel*, *supra* noot 114, r.o. 19.

128 Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 106; Rutgers 2005, p. 296-297; Prechal, *CMLR* 1998, p. 690-693.

129 Van Schijndel, *supra* noot 114, r.o. 20.

130 Van Schijndel, *supra* noot 114, r.o. 21.

twee rechtsgebieden: het mededingingsrecht dat in art. 101 VWEU is vervat en de verschillende consumentenbeschermende richtlijnen. Op grond van deze rechtspraak heeft de rechter de plicht soms buiten het voorwerp van geschil te treden en ambtshalve het effect van het Unierecht te waarborgen.

Wat het mededingingsrecht betreft, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat deze deel uitmaakt van het 'openbaar belang'. In het arrest *Eco Swiss/Benetton*[131] is de vraag aan de orde gekomen, of art. 85 EG[132] vereist dat een arbitrale uitspraak ambtshalve, zelfs wanneer partijen dat niet hebben aangevoerd, vernietigd moet worden wegens strijd met de openbare orde. Het Hof van Justitie oordeelde dat de nationale rechter een vordering tot vernietiging moet toewijzen, wanneer hij volgens zijn eigen procesrecht een dergelijke vordering wegens strijd met de openbare orde had moeten toewijzen. Het Hof van Justitie heeft in rov. 39 uitdrukkelijk geoordeeld dat art. 85 EG viel te beschouwen als de openbare orde in de zin van art. V lid 2 sub b Verdrag van New York.[133] Zoals A-G Poiares Maduro in zijn conclusie bij het arrest *Van der Weerd* echter heeft aangegeven, ziet *Eco Swiss* niet op het effectiviteitsbeginsel, maar op het gelijkwaardigheidsbeginsel.[134] Van een werkelijke 'uitzondering' op de procedurele autonomie van lidstaten is geen sprake.

Bij de consumentenrechtelijke jurisprudentie wordt het in *Van Schijndel* getrokken kader regelmatig verlaten. In de uitspraken van het Hof van Justitie EU wordt de nationale rechter de plicht opgelegd om desnoods buiten de partijen om te toetsen of een beding in hun overeenkomst in strijd is met Europese regelgeving. De ratio van deze verdergaande verplichting is niet altijd eenduidig. Aanvankelijk gold deze plicht immers vooral voor forumkeuze-[135] en arbitragebedingen,[136] die de effectiviteit van de Richtlijn Oneerlijke bedingen zouden ondermijnen.[137] Consumenten bevinden zich in een zwakkere onderhandelingspositie, hebben minder informatie tot hun beschikking, en de kans is aanwezig dat zij door onwetendheid hun rechten niet zouden inroepen.[138] Later is deze jurisprudentie ook doorgetrokken naar andere, materieelrechtelijke, bedingen die door de Richtlijn werden be-

131 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055.

132 Huidig art. 101 VWEU.

133 Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, New York, 10 juni 1958, *Trb.* 1958, 145.

134 Conclusie A-G Poiares Maduro van 1 maart 2007 bij HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 tot en met C-225/05, *Jur.* 2007, p. I-4233, punt 27-28.

135 HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 tot en met C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4963 (*Océano Grupo*); HvJ EU 9 november 2010, zaak C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 (*VB Pénzügyi Lízing Zrt.)*

136 HvJ EG 26 oktober 2006, zaak C-168/05, *Jur.* 2006, p. I-10437, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*); HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-40/08, *Jur.* 2009, p. I-9579, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*).

137 Dit is begrijpelijk: forumkeuze- en arbitragebedingen zijn immers bedingen van procesrechtelijke aard. Indien op Europees niveau een regel is gegeven die daaraan in de weg staat, betekent dit dat er een 'directe botsing' tussen Unie- en lidstatelijk recht bestaat. Kortom: er bestaat al een procesrechtelijke regeling, zodat het beginsel van procesautonomie geen doorgang vindt.

138 Zie HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 tot en met C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4963 (*Océano Grupo*), r.o. 25-26. Overigens maakt het niet uit of de consument in kwestie vertegenwoordigd werd door een advocaat of rechtsbijstandverlener, omdat de draagwijdte van het gelijkwaardigheids- en effectiviteitsbeginsel losstaan van de concrete omstandigheden van het geval. Zie HvJ EU 4 juni 2015, zaak C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber/Autobedrijf Hazet)*, r.o. 47.

slagen,[139] en zelfs naar andere instrumenten van consumentenbescherming, zoals de Richtlijn Consumentenkoop.[140] Werd aanvankelijk vooral gewezen op het garanderen van de effectiviteit van de betrokken regeling – de consument zou niet optimaal worden beschermd wanneer de rechter deze bedingen niet uit eigen beweging zou mogen toetsen – in latere rechtspraak wordt aan sommige consumentenbeschermende bepalingen ook een openbare orde-karakter toegekend.[141]

Desondanks past bij het voorgaande een kritische noot. De betreffende rechtspraak van het Hof van Justitie meestal ziet op de werking van een specifieke regeling, zoals Richtlijn 93/13/EEG inzake oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten. In dat licht is het wellicht te kort door de bocht om daaruit de conclusie te trekken dat voor alle Europese instrumenten van consumentenrechtelijke aard een dergelijke verdergaande plicht tot ambtshalve toetsing aan te nemen. Dit gegeven ontneemt daarmee dan ook de kracht aan het argument, dat, zoals sommigen wel betogen, deze rechtspraak analogisch van toepassing is op andere bepalingen van Europees recht die zwakkere partijen beogen te beschermen, zoals werknemers of handelsagenten.[142]

Verder moet bij de consumentenrechtelijke jurisprudentie in het oog worden gehouden dat deze problematiek niet helemaal relevant voor het onderhavige onderwerp. Zij heeft niet zozeer betrekking op de al dan niet ambtshalve toepassing van het Unierecht, maar eerder op de toetsing van bedingen aan dat Unierecht buiten het voorwerp van het geschil. Ambtshalve toepassing vindt plaats *binnen* het kader van de door de partijen getrokken rechtsstrijd; wanneer daarbuiten wordt getreden, gaat het voornamelijk om de grenzen van het voorwerp van het geschil. 'Toetsing' van bedingen aan het Unierecht betekent het uitbreiden van het geschil, en heeft dan ook een ander karakter dan de 'toepassing' van Unierecht op het reeds voorliggende geschil.

277 Overzicht

In het kort komt de leer van de 'botsingen' tussen EU-recht en nationaal recht neer op het volgende schema: [143]

- als het Unierecht een specifieke regeling, heeft deze voorrang op het recht van nationale oosprong voor zover dat dezelfde inhoud heeft;
- bij het ontbreken van een specifieke EU-regeling die een remedie geeft, wordt de toepassing van Europees Unierecht in beginsel bepaald door het procesrecht van de lidstaten ('beginsel van procesautonomie');
- het procesrecht van de lidstaten mag er niet voor zorgen dat vorderingen die op Europees Unierecht zijn gebaseerd ongunstiger worden behandeld dan vorde-

139 HvJ EU 16 november 2010, zaak C-76/10, *Jur.* 2010, p. I-11557, ECLI:EU:C:2010:685 (*Pohotovost'*)

140 HvJ EU 4 juni 2015, zaak C-497/13, ECLI:EU:C:2015: 357 (*Faber/Autobedrijf Hazet)*. Zie ook, o.a., HvJ EG 4 oktober 2007, zaak C-429/05, *Jur.* 2007, p. I-8017, ECLI:EU:C:2007:575 (*Rampion*); HvJ EG 17 december 2009, zaak C-227/08, *Jur.* 2009, p. I-11939 ECLI:EU:C:2009:792 (*Martín Martín*).

141 HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-40/08, *Jur.* 2009, p. I-9579, ECLI:EU:C:2009:615 (*Asturcom*); HvJ EU 4 juni 2015, zaak C-497/13, ECLI:EU:C:2015: 357 (*Faber/Autobedrijf Hazet)*.

142 Zoals Rutgers, in: *Amice* 2005, p. 304.

143 Deels ontleend aan Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 218, no. IV-107.

ringen die op nationaal recht zijn gegrond (gelijkwaardigheids- of non-discriminatiebeginsel);
- het procesrecht van de lidstaten mag de toepassing van het Unierecht in de praktijk niet nagenoeg onmogelijk of uiterst moeilijk maken (doeltreffendheids- of effectiviteitsbeginsel);
- bij regels van openbaar belang is de rechter verplicht om Europees Unierecht toe te passen, aangezien dit onder het gelijkwaarheidsheidsbeginsel valt;
- regels van mededingingsrecht (art. 101 VWEU) zijn te beschouwen als van 'openbaar belang';
- regels uit consumentenbeschermende richtlijnen vallen soms onder het gelijkheidwaardigheidsbeginsel, namelijk indien zij van openbare belang worden geacht, en vallen soms onder het doeltreffendheidsbeginsel.

Het is de vraag op welke wijze dit schema zich verhoudt tot de problematiek van in Europese verordeningen opgenomen conflictregels.

278 Effectieve rechtsbescherming: Johnston

Tot slot is er het beginsel van effectieve rechtsbescherming, zoals dit is verwoord in het *Johnston*-arrest.[144] Dit beginsel wordt wel omschreven als 'strenger' dan de criteria uit *Rewe/Comet*, omdat het dieper kan ingrijpen in het nationale procesrecht.[145] Het is de vraag of dit beginsel van effectieve rechtsbescherming als een uitwerking van het doeltreffendheidsbeginsel in de zin van de *Rewe/Comet*-leer kan worden gezien. Sommigen menen van wel,[146] terwijl anderen juist lijken uit te gaan van een algemeen beginsel van effectiviteit.[147] Hoe een en ander zich tot elkaar verhoudt, kan dus onderwerp van debat zijn.[148] Er lijkt wel een verschil te bestaan tussen beide beginselen. Effectieve rechtsbescherming is vooral van belang wanneer het gaat om het bestaan van een rechtsvordering of remedie,[149] en speelt dus een rol wanneer een justitiabele in het geheel geen of bijna geen mogelijkheid heeft om zijn aan het Unierecht ontleende rechten te (laten) handhaven. De *Rewe/Comet*-leer wordt daarentegen geacht te zien op wat Ancery aanduidt als 'procedureregels',[150] en betreft dus vooral die regels die, in een systeem waarin een justitiabele weliswaar een vordering of remedie toekomt, de effectuering van die vordering of van die remedie kunnen bemoeilijken.

---

144 HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1663. Prechal & Shelkoplyas, *ERPL* 2004, p. 591.

145 Aldus ook Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, no. 172. Prechal en Shelkoplyas noemen het Johnston-arrest als voorbeeld van een proces van '*tightening the requirements*' die aan nationale procedures worden gesteld, die volgens hen tijdens het midden van de jaren '80 op gang is gekomen. Prechal & Shelkoplyas, *ERPL* 2004, p. 591.

146 In die zin Prechal & Shelkoplyas, *ERPL* 2004, p. 591: '[i]n general, it can be said that this principle expands the "old" principle of effectiveness'. Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 213-214, no. IV-101.

147 Asser/Hartkamp 3-I (2011), no. 87.

148 Aldus ook Prechal & Shelkoplyas, *ERPL* 2004, p. 591, vtnt. 7.

149 Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 106-107.

150 Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 106-107.

5.3.3 Een 'directe botsing' tussen Europees conflictenrecht en nationaal (proces) recht?

279 Relevantie voor conflictenrecht

Nadat in de vorige paragrafen de leer inzake de botsingen tussen EU-recht en nationaal recht in algemenere termen is weergegeven, wordt in deze paragraaf de vraag behandeld, wat de waarde daarvan is voor het specifieke geval van de toepasselijkheid van conflictenrecht en buitenlands recht. Uit de volgorde van paragraaf 5.3.2. volgt dat eerst de eventuele 'directe botsing' tussen Europees ipr en nationaal recht zal worden besproken. In het bijzondere geval van het ipr zal het erop aankomen of in het huidige Europese conflictenrecht reeds een plicht is inbegrepen om de conflictregel – en wellicht ook het buitenlandse recht – ambtshalve toe te passen. Dit kan slechts door interpretatie worden vastgesteld. Daarbij moet vooropgesteld worden dat Europees recht voornamelijk teleologisch moet worden uitgelegd.[151] Omdat in de literatuur nochtans aandacht wordt besteed aan de mogelijkheid dat de interpretatie van het Europese conflictenrecht tot de conclusie leidt dat de nationale rechter wel verplicht is zulks te doen,[152] zal in de komende paragrafen alle interpretatieve opties stuk voor stuk worden aan de orde komen, waaronder ook de 'klassieke' uitlegmethoden als de grammaticale en de systematisch 'klassieke' uitleg.[153]

5.3.3.1 Geen ondubbelzinnige regeling door de EU-wetgever

280 Rome II: voorstellen Europees Parlement

Uit het voorgaande is gebleken dat eerst bezien moet worden in hoeverre er een directe botsing bestaat tussen het Europees conflictenrecht, enerzijds, en de processuele status van conflicten- en vreemd recht in het nationale recht, anderzijds. Wanneer men immers tot de conclusie zou komen dat er een dergelijke botsing aanwezig is, komt men, vanwege de suprematie van het Unierecht, aan het beginsel van procesautonomie niet toe. Voor een 'directe botsing' is vereist dat hetzelfde onderwerp wordt geregeld door zowel het Unierecht als het nationale recht, wat in casu zou betekenen dat het Unierecht reeds bepaald dat het Europese conflictenrecht ambtshalve toegepast dient te worden. Dit betekent dat door interpretatie van het Europees conflictenrecht beoordeeld moet worden of op Europees vlak de ambtshalve toepassing reeds verplicht is gesteld.

Tot op heden heeft de EU de *ex officio* toepassing van het conflictenrecht, of het daardoor aangewezen recht, nog niet gecodificeerd. In de voorbereiding van de Rome II-Verordening zijn verschillende amendementen van het Europees Parlement

151 Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 189, no. IV-57.

152 A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford: OUP 2008, p. 602 e.v., Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 285 e.v.

153 Dit volgt deels de structuur die ook bij het verdragenrecht wel wordt gehanteerd, zie art. 31 Weens Verdragenverdrag en Hartenstein, *Privatautonomie*, 2000, p. 82-84.

in die zin gesneuveld. Een dergelijke plicht werd voor het eerst voorgesteld in het Verslag van het Europees Parlement in eerste lezing. Zo werd in Amendement 42 een nieuw art. 11bis voorgesteld ('Stellingen van partijen omtrent het toepasselijke recht'), inhoudende:

> 'Een partij in een geding die voor een nationaal gerecht een vordering of tegenvordering instelt in de zin van deze verordening, deelt het gerecht en de wederpartij via de dagvaarding of het daarmee gelijk te stellen inleidende processtuk mede, welk recht hij geheel of gedeeltelijk op zijn vordering van toepassing acht.'

Deze bepaling richtte zich niet zozeer tot de rechter, maar eerder tot de eisende partij. Zij zou er immers zorg voor moeten dragen dat het juiste recht op de vordering toepasselijk zou worden verklaard.[154] Het is de vraag in hoeverre de eiser (of verzoeker) volgens deze bepaling ook verplicht zou zijn het zijns inziens toepasselijke recht in het inleidende processtuk te noemen. Een dergelijke gevolgtrekking is echter wel waarschijnlijk wanneer men het voorgestelde art. 11bis leest in samenhang met de in amendement 16 voorgestelde overweging 18ter:[155]

> 'Om te verzekeren dat door partijen en de rechter naar behoren aandacht wordt besteed aan de vraag naar het toepasselijke recht, moeten partijen verplicht zijn om de rechter in het inleidende processtuk of verweerschrift mee te delen welk recht naar hun mening geheel of gedeeltelijk van toepassing is op de vordering.'

Niet duidelijk is of het Europees Parlement hiermee beoogde de ambtshalve toepassing van de conflictregel aan de partijdispositie te onderwerpen, in plaats van het deel zou uitmaken van het takenpakket van de nationale rechter. Dit is echter niet waarschijnlijk. Amendement 43 bevatte namelijk een tweede bepaling (art. 11 ter), getiteld 'Vaststelling van de inhoud van het vreemde recht', waarin werd bepaald:

> '1. Het aangezochte gerecht stelt de inhoud van het vreemde recht uit eigen beweging vast. Hiertoe kan de medewerking van partijen nodig zijn.
> 2. Indien vaststelling van de inhoud van het vreemde recht niet mogelijk blijkt en partijen daarmee instemmen, zal het recht van het aangezochte gerecht worden toegepast.'

Het eerste lid van deze bepaling lijkt te zijn geïnspireerd door de corresponderende wetsbepalingen van een aantal staten, waarin ook primair de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van de inhoud van buitenlands recht bij de rechter wordt gelegd en tevens wordt bepaald dat de assistentie van de partijen verlangd kan worden. Dit betreft art. 15 van het Belgische WIPR, § 4 van het Oostenrijkse IPRG en art. 16 van het Zwitserse IPRG. De laatste bepaling lijkt nog het meest op het door het EP voorgestelde art. 11ter, omdat ook daar de hulp van partijen kan worden ingeroepen

154 Dit lijkt in overeenstemming te zijn met het voorstel dat Mostermans heeft gedaan voor het Nederlandse procesrecht, namelijk dat de eiser wordt verplicht om in zijn dagvaarding een "met redenen omklede" indicatie van het toepasselijke recht te geven, zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 169 e.v., i.h.b. p. 173-174. Op deze manier wordt de vraag naar het toepasselijke recht een onderdeel van de substantiëringsplicht.

155 Ook de Commissie ging ervan uit dat er op partijen een plicht rustte, zie Gewijzigd Voorstel, p. 8.

om de inhoud van vreemd recht vast te stellen.[156] Anderzijds bepaalt art. 16 Zwitsers IPR dat in vermogensrechtelijke zaken partijen een bewijsopdracht kan worden gegeven. Met betrekking tot het voorgestelde tweede lid, dat ziet op het geval dat de inhoud van vreemd recht niet vastgesteld kan worden, wijzen deze bepalingen allemaal de lex fori als '*Ersatzrecht*' aan. Een verschil is dat, in tegenstelling tot de voorgestelde bepaling, daarbij de instemming van de partijen niet wordt vereist.[157]

Tot slot werd met Amendement 54 ook een evaluatieclausule voorgesteld. Volgens deze clausule werd de Commissie verplicht om na een zekere termijn een verslag te overleggen waarin onder meer aandacht zou worden besteed aan de verschillende wijzen van het behandelen van buitenlands recht in de lidstaten.

281 Reactie Commissie en Raad; tweede lezing

Zoals in het Verslag is aangegeven, beoogde het Europees Parlement met deze bepaling de behandeling van buitenlands recht in de EU-lidstaten eenvormiger te maken. Hoewel de Europese Commissie het amendement als een 'interesting avenue which the Commission intends to explore' beschouwde, was zij niettemin van mening dat de meeste lidstaten nog geen structuur hebben om de ambtshalve toepassing van buitenlands recht door de rechter te faciliteren.[158] Om die reden wees zij het amendement af. Wel gaf zij naar aanleiding van Amendement 54 van het Europees Parlement te kennen bereid te zijn om in het verslag over de toepassing van Rome II aandacht te besteden aan de behandeling van buitenlands recht door nationale rechters. In art. 26 van het gewijzigd voorstel had zij daarom de volgende clausule opgenomen:

> 'In haar verslag schenkt de Commissie bijzondere aandacht aan de manier waarop vreemd recht voor de rechtbanken van de verschillende lidstaten in de praktijk wordt behandeld. Desgevallend bevat het verslag aanbevelingen met betrekking tot de wenselijkheid van een gemeenschappelijke aanpak ten aanzien van de toepassing van vreemd recht.'

De Raad nam in zijn Gemeenschappelijk Standpunt de amendementen van het Europees Parlement niet over, omdat hij van mening was dat de Rome II-Verordening niet de juiste context is voor deze problematiek. Het door de Commissie gedane voorstel om de toepassing van buitenlands recht deel te laten uitmaken van het verslag, is niet in de tekst van het Gemeenschappelijk Standpunt terug te vinden.

---

156 Art. 15 WIPR staat medewerking van partijen slechts toe in geval het voor de rechter onmogelijk is de inhoud van buitenlands recht vast te stellen en § 4 Oostenrijks IPRG noemt de hulp van partijen naast nog een aantal andere 'Ermittlungsmethoden'.

157 Het is niet duidelijk waarom partijen instemming zouden moeten geven, zoals voorgesteld in het amendement. Een 'Ersatzrecht' in deze zin is immers toepasselijk wegens de onmogelijkheid de inhoud van buitenlands recht vast te stellen en is niet gelegen in de partijautonomie. Men heeft de wil van partijen in beginsel niet nodig om te kunnen concluderen dat het vreemde recht ontoegankelijk lijkt te zijn. Mogelijk verwart het EP hier het 'Ersatzrecht' met de mogelijkheid een processuele rechtskeuze voor de lex fori uit te brengen.

158 Response, p. 16, en Gewijzigd voorstel, p. 8. Instemmend: Dickinson, *Rome II Regulation* 2008, p. 604, die erop wijst dat voor wat betreft het Engelse recht dan een 'change in judicial thinking' vereist zou zijn. Zie ook Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 389-390.

Omdat de Amendementen werden verworpen, volgde er een tweede lezing. In diens Aanbeveling herhaalde het Parlement de amendementen die het ook in eerste lezing had voorgesteld, zij het in andere bewoordingen. De plicht van partijen om in het inleidend processtuk het toepasselijke recht te duiden, was veranderd in een bevoegdheid en naar de considerans verplaatst. Daarentegen werd in Amendement 13 van het EP de volgende overweging (30 bis) ingevoegd:[159]

> 'Evenals in de overeenkomst van Rome geldt hier het beginsel "iura novit curia". Het gerecht moet het vreemde recht zelf uit eigen beweging vaststellen. Bij vaststelling van het vreemde recht mogen de partijen het gerecht helpen en in bepaalde gevallen moet de rechter ook de medewerking van de partijen kunnen verlangen.'

Niet alleen wordt hierin de plicht tot *ex officio* toepassing vastgelegd, maar ook wordt bepaald dat het beginsel *iura novit curia* zou gelden, evenals onder het EVO. Bij de toelichting op Amendement 21 (over een nieuw art. 15 bis) wordt dit herhaald. In het bij dat Amendement voorgestelde art. 15 bis wordt art. 11 ter in praktisch dezelfde bewoordingen herhaald; het tweede lid over de toepassing van de lex fori in het geval buitenlands recht niet valt te achterhalen, werd daarentegen weggelaten. De Commissie, in haar advies in de zin van art. 251 lid 2, derde alinea, sub c EG-Verdrag, herhaalde niettemin haar reeds eerder aangevoerde bezwaren tegen de voorstellen van het Europees Parlement.[160] Het door de Commissie gebezigde argument was dat niet alle lidstaten de juiste infrastructuur daartoe hebben. Dit verschil van inzicht tussen Parlement en Commissie heeft geleid tot een bemiddelingsprocedure, waarvan het gevolg was dat de door het Parlement voorgestelde amendementen niet zijn overgenomen in de definitieve tekst. Wel is de herzieningsclausule uiteindelijk in de Rome II-verordening opgenomen.[161]

282 Conclusie: ongeregelde materie

Op grond van de in het voorgaande besproken wetsgeschiedenis van de Rome II-verordening kan de conclusie worden getrokken dat de wetgever op EU-niveau de ambtshalve toepassing van conflicten- en buitenlands recht nog niet heeft willen regelen, althans niet in de Rome II-Verordening.[162] Wel is in de considerans van Rome III-Verordening[163] inzake het toepasselijke recht op echtscheiding en scheiding van tafel en bed een overweging opgenomen die nadrukkelijk wijst op de

159 Aanbeveling voor de tweede lezing betreffende het gemeenschappelijk standpunt, door de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), p. 12.

160 Zie Advies Commissie, p. 5-6.

161 Deze in art. 30 lid 1 sub ii Rome II bedoelde studie is inmiddels verricht door het *Institut suisse de droit comparé* te Lausanne, *The Application of Foreign Law in Civil Matters and its Perspectives for the Future. JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4, Part I – Legal Analysis, Part II – Empirical Analysis, and Part III - Recommendations*, rapport 09-184, 11 juli 2011, herzien op 30 september 2011 (ISDC-rapport).

162 Zo ook Dickinson, *Rome II Regulation* 2008, no. 14.73.

163 Nederland neemt overigens geen deel aan deze verordening, die een resultaat is van nauwere samenwerking tussen lidstaten overeenkomstig artikel 326 e.v. VWEU.

mogelijkheid van de nationale rechter om het Europees Justitieel Netwerk te raadplegen wanneer het recht van een lidstaat de rechtsverhouding beheerst. Nadat de eerste zin van overweging 14 uitdrukkelijk verklaart dat partijen ook het recht van een derde staat kunnen kiezen, luidt de tweede zin:

> 'Indien het recht van een andere lidstaat wordt aangewezen, kan het netwerk bedoeld in Beschikking 2001/470/EG van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken (…), de rechterlijke instanties informatie verstrekken over de inhoud van het buitenlandse recht [citaat ingekort, auteur].'

Het is interessant dat de Europese wetgever in dit verband wijst op het Europees Justitieel Netwerk. Uit dit citaat blijkt ook dat zij - impliciet – inziet dat in een 'intra-Europees' geval meer mogelijkheden bestaan om aan de inhoud van buitenlands recht te komen dan wanneer het recht van een derde staat toepasselijk is. Wat er niet uit blijkt, is of hiermee ook een plicht voor de nationale rechter bestaat om het EJN te raadplegen, maar gezien de facultatieve bewoordingen ('kan') is een dergelijke gevolgtrekking niet waarschijnlijk.

5.3.3.2 Art. 16 Herschikte EIV en de faillissementspauliana

283 'Bewijs' van vreemd recht onder EIV?

Hoewel de processuele status van vreemd recht dus niet expliciet is geregeld, lijkt er een uitzondering te bestaan in de Europese Insolventieverordening ('IVO').[164] Daarbij gaat het in het bijzonder om art. 16 IVO, waarin immers een uitzondering wordt gecreëerd op de toepassing van art. 7 lid 2 sub m IVO.[165] Deze laatste bepaling ziet op de bestrijding van handelingen die de crediteuren benadelen en schrijft voor dat het recht van de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend de regels geeft voor 'nietigheid, vernietigbaarheid of niet-tegenwerpbaarheid van de voor het geheel van schuldeisers nadelige handelingen'. Volgens art. 16 IVO gaat deze regel niet op wanneer degene die voordeel heeft gehad bij de benadelende handeling bewijst dat deze handeling a) is onderworpen aan het recht van een andere lidstaat dan de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend, en b) dat het aldus toepasselijke rechtsstelsel niet voorziet in een middel om die benadelende handeling tegen te gaan. De vraag rijst of deze partij dan ook de inhoud van het toepasselijke recht moet aantonen. Immers, de door de handeling bevoordeelde partij moet aantonen dat het toepasselijke recht niet in een bepaalde mogelijkheid voorziet. Betekent dit dat zij dan ook de inhoud van het toepasselijke recht moet bewijzen alsof het een feit is?[166] In het geval van een bevestigend antwoord van bovenstaande vraag, zou in theorie een procesrechtelijke regeling op Europees

164 Verordening (EU) 2015/848/EU van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (herschikking), Pb EU 2015 L 141/19. Deze verordening is de opvolger van Verordening (EG) Nr. 1346/2000 van de Raad van 29 mei 2000 betreffende insolventieprocedures, Pb EU 2000 L 160/1, die in het navolgende als 'EIV' zal worden aangehaald.

165 Resp. art. 13 en art. 4 lid 2 sub m IVO (oud).

166 Reinhart, in: MüKo Insolvenzordnung, VO (EG) 1346/2000, Art. 13, aant. 14-16.

niveau zijn gegeven, met als gevolg dat het beginsel van procesautonomie dan niet langer van toepassing is. In het geval van een ontkennend antwoord, betekent dit dat het beginsel van procesautonomie in volle omvang van toepassing is.

Het is evenwel voor twijfel vatbaar of de EIV hier voorschrijft dat één der partijen de inhoud van het vreemde recht moet bewijzen, in weerwil van de regels van het eigen recht over de status van vreemd recht.[167] Uit de EIV of de *travaux préparatoires* van die verordening blijkt niet of dit een bedoelde consequentie van deze bepaling is. Ook het Virgós/Schmit-rapport zegt niets over de bewijslastverdeling of over de vraag wat exact moet worden bewezen.[168] In de literatuur wordt over deze vraag verschillend gedacht. Sommigen nemen aan dat de vaststelling van de inhoud van buitenlands recht moet plaatsvinden volgens de regels van het nationale procesrecht.[169] Anderen zijn van mening dat art. 16 Herschikte EIV, dan wel art. 13 EIV, meebrengt dat er een uitzondering op de nationale regels inzake de vaststelling van de inhoud van vreemd recht wordt gemaakt. Zo is Reinhart van mening is dat in beginsel het nationale procesrecht geldt, maar dat art. 13 EIV daarop een uitzondering vormt. Naar zijn mening kan het eigen recht niet als surrogaatrecht worden gebruikt wanneer de inhoud van vreemde recht onbekend blijft, maar dient de vordering te worden afgewezen. Ook kan van de betrokken partij worden verlangd dat zij aangeeft op welke regels zij vertrouwde.[170] Sommige auteurs nemen de bewoordingen van art. 13 IVO letterlijk en zijn van mening dat de nationale rechter het vreemde recht door de betrokken partij moet laten 'bewijzen'.[171]

284 Twee vragen

Bij de toepassing van art. 16 Herschikte EIV komen twee belangrijke vragen aan de orde: moet het beroep op die bepaling door een van de partijen worden gedaan, of mag de rechter deze kwestie ambtshalve aan de orde stellen? Voorts is het de vraag, op wie de bewijslast in de zin van art. 13 IVO rust, en of deze ook ziet op de inhoud van de regels van de lex causae, volgens welke de benadelende handeling niet ongedaan kan worden gemaakt? Beide vragen zijn in de rechtspraak van het Hof van Justitie aan de orde gekomen.

Op de vraag of een beroep op art. 16 Herschikte EIV 'facultatief' is, of juist door de recher ambtshalve mag of moet worden behandeld, is beantwoord in de *Vinyls Italia*-zaak.[172] In deze zaak betrof het twee betalingen ter uitvoering van betalingsver-

167 Reinhart, in: *MüKo Insolvenzordnung,* VO (EG) 1346/2000, Art. 13, aant. 14.

168 Virgos/Schmit-rapport, no. 135-139.

169 Zoals Keukens, in: *GS Faillissementswet*, art. 13 Insolventieverordening, aant. 4. Zie ook de aangehaalde literatuur bij Reinhart, in*: MüKo Insolvenzordnung*, VO (EG) 1346/2000, Art. 13, aant. 14.

170 Reinhart, in: *MüKo Insolvenzordnung*, VO (EG) 1346/2000, Art. 13, aant. 14-16.

171 In die zin althans Moss, Fletcher & Isaacs, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, Oxford: OUP 2009, no. 8.230: '[t]his will involve not only proving the relevant foreign law but also the relevant facts.' Het is de vraag of deze auteurs niet in een te sterke mate uitgaan van het Engelse recht. Ook Reinhart, in: *MüKo Insolvenzordnung*, VO (EG) 1346/2000, Art. 13, aant. 14, meent art. 13 EIV niet een dergelijke gevolgtrekking rechtvaardigt.

172 HvJ EU 8 juni 2017, zaak C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433 (*Vinyls Italia SpA/Mediterranea di Navigazione SpA*).

plichtingen die voortvloeiden uit een bevrachtingsovereenkomst. Intussen was de venootschap – Vinyls – failliet gegaan en vorderde de curator de herroeping van deze twee betalingen. De wederpartij verweerde zich daartegen met een beroep op het Engelse recht, dat deze overeenkomst krachtens een rechtskeuze beheerste. Deze partij had daartoe een beëdigde verklaring van een advocaat uit het Verenigd Koninkrijk overgelegd. Namens Vinyls Italia werd aangevoerd dat een dergelijk beroep moest worden beschouwd als een procedurele exceptie, die binnen een bepaalde termijn moet worden aangevoerd. Omdat zulks te laat was gebeurd, en art. 16 Herschikte EIV volgens deze partij niet ambtshalve door de rechter kon worden toegepast, zou aan dat verweer voorbij gegaan moeten worden. Het Hof van Justitie oordeelde echter dat de vraag of een beroep op art. 16 Herschikte EIV als een exceptie moest worden beschouwd of als een ambtshalve aan de orde te stellen kwestie, moest worden beoordeeld aan de hand van het nationale procesrecht. Het enige vereiste dat het Unierecht daaraan stelt, is dat is voldaan aan zowel het gelijkwaardigheid- als het doeltreffendheidsvereiste.[173] Dit oordeel van het Hof van Justitie betekent dus dat de toepassing van art. 16 Herschikte EIV volledig onder het regime van het beginsel van procesautonomie wordt geschaard.

Het vraagstuk van de met art. 16 Herschikte EIV samenhangende bewijslast – de hierboven aangehaalde tweede vraag – is aan orde gekomen in zowel de *Nike European Operations Netherlands*-zaak[174] als de *Vinyls Italia*-zaak. Stelt art. 16 Herschikte EIV nog eisen aan het te leveren bewijs? Moet dat bijvoorbeeld ook de inhoud van de bepalingen van de lex causae betreffen? Het Hof van Justitie overweegt ook hier weer dat de Herschikte EIV geen specifieke bepalingen van procedurele aard bevat over hoe of op welke wijze dit bewijs geleverd moet worden, zodat dit vraagstuk ook valt binnen de procesautonomie van lidstaten.[175] Ook hier geldt wederom dat de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid aan nationale regels van procesrecht in de weg kunnen staan. Het doeltreffendheidsbeginsel brengt mee dat aan het bewijs van art. 16 Herschikte EIV niet zodanige eisen gesteld mogen worden, dat het praktisch onmogelijk wordt om een vordering tot ongedaanmaking te betwisten. Anderzijds mogen deze vereisten niet zodanig laagdrempelig zijn dat een vordering tot bestrijding van een benadelende handeling praktisch onmogelijk wordt. Het is volgens het Hof van Justitie aan de verweerder om zowel de feitelijke gegevens aan te tonen op grond waarvan een handeling niet kan worden bestreden als het ontbreken van feitelijke gegevens die een dergelijke gevolgtrekking weerspreken ('negatief bewijs').[176]

---

173 HvJ EU 8 juni 2017, zaak C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433 (*Vinyls Italia SpA/Mediterranea di Navigazione SpA*), r.o. 26, 32-33.

174 HvJ EU 15 oktober 2015, zaak C-310/14, ECLI:EU:C:2015:690 (*Nike European Operations Netherlands BV*).

175 HvJ EU 15 oktober 2015, zaak C-310/14, ECLI:EU:C:2015:690 (*Nike European Operations Netherlands BV*), r.o. 27-28.

176 HvJ EU 15 oktober 2015, zaak C-310/14, ECLI:EU:C:2015:690 (*Nike European Operations Netherlands BV*), r.o. 25.

285 Bewijs van 'juridische gegevens'?

Betekent dit dat, naast 'feitelijke gegevens', ook 'juridische gegevens' moeten worden aangetoond? Deze vraag is niet met zoveel woorden in de rechtspraak van het Hof van Justitie aan de orde gekomen, omdat steeds werd gesproken van 'gegevens'. In *Nike Euoropean Operations Netherlands* werd wel geoordeeld dat een dergelijk bewijs niet op abstracte wijze kan worden geleverd. Dit oordeel herhaalde het Hof in *Vinyls Italia* door de te stellen dat het erom gaat dat:[177]

> '(…) de partij op wie de bewijslast rust, moet bewijzen dat, wanneer de lex causae voorziet in de mogelijkheid om een als nadelig aangemerkte handeling te bestrijden, in concreto niet is voldaan aan de voorwaarden om een tegen die handeling ingesteld beroep te kunnen toewijzen, die verschillen van die van de lex fori concursus.'

Ondanks de wat ingewikkelde constructie van deze overweging, lijkt het Hof van Justitie te oordelen dat de verweerder de feiten en omstandigheden moet aantonen, op grond waarvan een ongedaanmakingsvordering volgens de lex causae niet succesvol zou zijn. De vraag lijkt daarmee (vooralsnog) ontkennend beantwoord te moeten worden.

286 Conclusie

Al met al lijkt op grond van het bovenstaande de conclusie gerechtvaardigd dat de EU-wetgever het beginsel *iura novit curia* (vooralsnog) geen onderdeel van het Europees conflictenrecht heeft willen maken.[178] Het lijkt verder niet waarschijnlijk dat, in weerwil van deze weigering van de wetgever, het Hof van Justitie in een voorliggende zaak alsnog tot de conclusie zou komen dat met de unificatie van het conflictenrecht tegelijkertijd een plicht tot ambtshalve toepassing ervan (en het aangewezen buitenlandse recht) is gegeven.[179] Toch is het mogelijk dat het Hof van Justitie alsnog tot het oordeel komt dat, in weerwil van de bedoeling van de Uniewetgever, het Europese ipr een weerslag op het nationale recht heeft. Het is kwestieus of het vraagstuk van de processuele status en behandeling van zowel conflicten- als buitenlands recht kan worden geacht binnen de reikwijdte van het bestaande Europese recht te vallen. Omdat in de literatuur dit argument wel wordt aangevoerd,[180] zal in de volgende paragrafen de overige interpretatieve opties stuk voor stuk worden geanalyseerd.

---

177 HvJ EU 8 juni 2017, zaak C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433 (*Vinyls Italia SpA/Mediterranea di Navigazione SpA*), r.o. 39.

178 Dickinson, *Rome II Regulation* 2008, p. 603-604.

179 Dickinson, *Rome II Regulation* 2008, p. 603-604.

180 Dickinson, *Rome II Regulation* 2008, p. 602 e.v., Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 285 e.v.

5.3.3.3 Grammaticale interpretatie van Europees conflictenrecht

287 Grammaticale uitleg niet doorslaggevend

Uit de wetsgeschiedenis van Rome II blijkt dat de EU-wetgever ervan heeft afgezien om de kwestie van de processuele status uitdrukkelijk te regelen. In deze subparagraaf staat daarom de vraag centraal of uit de bewoordingen van het Europese ipr wellicht een dergelijke plicht kan worden afgeleid door de conflictregel op die manier te interpreteren. Het is voor twijfel vatbaar of een zodanige interpretatie van het Europese conflictenrecht in dit geval wel uitkomst kan bieden. Mocht daaraan al enigerlei argument ontleend kunnen worden, speelt dat op zichzelf geen doorslaggevende rol. Het Europese recht dient immers op teleologische wijze uitgelegd te worden.[181] Desondanks kan, gezien de discussie erover in de literatuur,[182] het zinvol zijn dit argument kort te bespreken.

Het argument van de grammaticale intepretatie ziet voornamelijk op de gebruikte bewoordingen van de in Europese regelingen opgenomen conflictregels. Aangezien conflictregels zijn uitgedrukt in bewoordingen die als imperatief kunnen worden beschouwd, zal ook de rechter daaraan zijn gebonden en uit eigen beweging het toepasselijke recht moeten bepalen. Daarbij kan worden gedacht aan art. 3 lid 1 Rome I, dat voorschrijft dat een overeenkomst 'wordt beheerst' door het door partijen gekozen rechtsstelsel.[183] Ook andere termen, zoals 'beheerst het recht',[184] 'bepaalt het recht',[185] en 'wordt het (…) toepasselijke recht als volgt vastgesteld',[186] lijken een dwingende lading te bevatten.

288 Doctrine

De grammaticale interpretatie is voornamelijk behandeld in de Engelse doctrine.[187] In 1998 schreeft Fentiman over de Engelse bewoordingen in het EVO:[188]

> '*Shall* apply. *Any* situation. Such peremptory language is echoed in Articles 3 and 4, providing, respectively, that the applicable law shall be that chosen by the parties, or in the absence of choice, shall be that of the country with which it is best connected (cursief van Fentiman, auteur).'

---

181 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 89, en Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 189, no. IV-57. Zie uitgebreider over de door het Hof van Justitie gebruikte interpretatiemethoden, L. Neville Brown, F.G. Jacobs & T. Kennedy, *The Court of Justice of the European Communities*, Londen: Sweet & Maxwell 2000, p. 321-344. Zie ook HvJ EU 20 december 2017, zaak C-372/16, ECLI:EU:C:2017:988 (*Sahyouni*), r.o. 36, en de aldaar aangehaalde rechtspraak, volgens welke ook de context en de doelstellingen van het Unierecht relevant zijn.

182 Zie Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 88 e.v.; Hartley, *ICLQ* 1996, p. 290; Spickhoff, in: *Europäische Kollisionsrechtvereinheitlichung* 2012, p. 120.

183 Net als art. 4 lid 2, art. 5, art. 6, art. 7 lid 2, art. 8, art. 10, art. 14, en art. 17 Rome I.

184 Art. 16 en 18 Rome I.

185 Art. 15 Rome I.

186 Art. 4 lid 1 Rome I.

187 Hartley, *ICLQ* 1996, p. 290.

188 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 80.

Hij geeft echter ook toe dat, hoewel de bewoordingen imperatief lijken te zijn, dit '(…) insufficient by itself to require introduction of the applicable law' is.[189] Ook Hartley lijkt van mening te zijn dat er, ondanks het gebiedende taalgebruik van het EVO, geen plicht tot ambtshalve toepassing van conflictregels lijkt te bestaan, enerzijds, omdat art.1 lid 2 sub h EVO procesrechtelijke en bewijskwesties uitsluit van het materiële toepassingsgebied van dat verdrag, en anderzijds, omdat ook de doelstelling van het verdrag daartoe niet noopt.[190] De redenen die hij daar verder voor aanvoert zijn dat de doelstelling van het EVO onder meer wijst op partijautonomie, en dat zwakke partijen altijd de mogelijkheid hebben om vreemd recht in te roepen.[191]

In de Duitse literatuur heeft Spickhoff betoogd dat uit de tekst van de Rome I-Verordening kan worden afgeleid dat diens bepalingen ambtshalve moeten worden toegepast:[192]

> 'Und für die Rom I-VO spricht deren Art. 2 eine ähnlich deutliche Sprache, wenn es dort heißt, das nach dieser Verordnung bezeichnete Recht "ist auch dann anzuwenden, wenn es nicht das Recht eines Mitgliedstaats ist". Ein irgendwie geartetes Ermessen, die Rom I-VO überhaupt nicht anzuwenden, weil die Parteien das nicht möchten, wird dem Gericht offenbar nicht eingeräumt.'

Wel is hij van mening dat op grond van de Duitse *Beibringungsmaxime*, die ziet op de gevallen waarin partijen in een geding volledige partijautonomie hebben en het de rechter verboden is om ambtshalve de feiten vast te stellen, partijen de internationale elementen buiten de rechtsstrijd kunnen plaatsen (*Außerstreitstellung*). Deze mogelijkheid zou het conflictenrecht *de facto* een minder dwingend karakter gevend.[193]

Hoewel terminologie als 'shall be governed' of 'ist (…) anzuwenden' een wat dwingender lading lijkt te hebben dan 'worden beheerst' of 'est régi', lijken aan dergelijke subtiele verschillen in semantiek niet te veel waarde te moeten worden gehecht. In de Europese Unie bestaat er immers geen doorslaggevende taalversie. Om die reden lijkt het dan ook niet wenselijk om de vraag, of een bepaling van Europees ipr en het daardoor aangewezen recht ambtshalve moeten worden toegepast, van een dergelijke woordkeuze te laten afhangen. Anders zou, afhankelijk van de taalversie, in de ene lidstaat wel tot een plicht voor de nationale rechter leiden om het Europese conflictenrecht ambtshalve toe te passen, terwijl dat in een andere lidstaat wellicht niet het geval zou zijn. Dit zou vanzelfsprekend een onwenselijke situatie zijn.

289 Nog geen prejudiciële vraag

In de Engelse rechtspraak is de vraag opgekomen of de in het Engelse recht geldende 'presumption of similarity'[194] wellicht buiten toepassing moet worden gelaten wanneer het buitenlandse recht wordt aangewezen door de Rome II-verordening.

189 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 89.
190 Hartley, *ICLQ* 1996, p. 290-291.
191 Hartley, *ICLQ* 1996, p. 290-291.
192 Spickhoff, in: *Europäische Kollisionsrechtvereinheitlichung* 2012, p. 120.
193 Zie Spickhoff, in: *Europäische Kollisionsrechtvereinheitlichung* 2012, p. 120. Kritisch over die mogelijkheid: Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 194.
194 Zie daarvoor meer in paragraaf 4.4.3.

In *Lady Christine Brownlie v. Four Seasons Holdings Incorporated*[195] is voorgesteld om een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie te stellen, onder meer over de toelaatbaarheid van de 'presumption' in het licht van het mogelijke dwingende karakter van art. 4 lid 1 Rome II. Arden L.J. oordeelde echter dat een prejudiciële verwijzing niet nodig was. Naar haar mening was er niet voldoende twijfel over de toelaatbaarheid van de 'presumption' om een dergelijke vraag te rechtvaardigen. Verder zou het stellen van een prejudiciële vraag vertraging veroorzaken en zou het wenselijker zijn om deze beslissing aan de Supreme Court over te laten.[196] Dit betekent dat deze vraag voorlopig niet beantwoord is.

5.3.3.4 De 'kwalificatie' als procesrechtelijke aangelegenheid

290 Kwalificatie

Nauw verweven met het vraagstuk van de grammaticale interpretatie, maar wel daarvan te onderscheiden, betreft de vraag naar de kwalificatie van het probleem van de toepassing van conflictenrecht en buitenlands recht. Daarbij is van belang of de toepassing door de rechter van verwijzingsregels en van vreemd recht moet worden gezien als een procesrechtelijke kwestie of als materieelrechtelijke dan wel conflictenrechtelijke kwestie. In het eerste geval zou dit vraagstuk immers van het materiële toepassingsgebied van de (meeste) bestaande conflictenrechtelijke verordeningen zijn uitgesloten, terwijl in het laatste geval de toepassing van dergelijke regels als inherent met het geünificeerde conflictenrecht wordt beschouwd.

Het begrip 'kwalificatie' is echter relatief. Het komt er immers niet op aan, of de processuele behandeling van conflicten- en buitenlands recht volgens het (nationale) ipr als procesrechtelijk moet worden gekwalificeerd. Van belang is daarentegen de vraag of de problematiek in de meer technische zin van het Unierecht als procesrechtelijk kan worden aangemerkt.[197] Als de processuele status van vreemd recht en van het conflictenrecht immers niet onder de werkingssfeer van een Europees instrument valt, betekent dit dat deze materie niet op Europees niveau is geregeld en, als een gevolg daarvan, de invulling daarvan wordt overgelaten aan het nationale recht (procesautonomie). Indien deze kwestie daarentegen niet als procesrechtelijk wordt beschouwd, kan deze mogelijk onder de reikwijdte van zo'n instrument vallen en dus door Unierecht worden beïnvloed.

---

195 *Lady Christine Brownlie v. Four Seasons Holdings Incorporated* [2015] EWCA Civ 665, no. 83-89; [2016] 1 WLR 1814, p. 1834-1836.

196 *Lady Christine Brownlie v. Four Seasons Holdings Incorporated* [2015] EWCA Civ 665, no. 92; [2016] 1 WLR 1814, p. 1837. Het beroep tegen dit oordeel is door de Supreme Court deels gegrond verklaard ('reversed'), maar niet voor dat gedeelte dat relevant is in dit verband (zie *Brownlie v. Four Seasons Holdings Inc.* [2017] UKSC 80; [2018] 1 W.L.R. 192).

197 Hetgeen door Illmer miskend lijkt te worden, aangezien hij slechts spreekt van 'allocation to the lex fori' in plaats van allocatie aan het nationale ipr. Zie M. Illmer, 'Neutrality matters – some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law', 28 *CJQ* 2009, afl. 2, p. 237-260, op p. 242-243.

291 Procesrecht?

Moet de status en behandeling van conflictregels en het daardoor aangewezen recht als een procesrechtelijk, een materieelrechtelijk of wellicht een zelfstandig conflictenrechtelijk probleem worden gezien? Het kwalificatievraagstuk is vooral in de Engelse literatuur aan de orde gekomen. Daarbij werd de aandacht voornamelijk gericht op de uitsluiting van procedurele en bewijskwesties van het materiële toepassingsgebied van verschillende EU-instrumenten.[198] Deze discussie gaat al terug tot het EVO, aangezien deze regeling het toe te passen recht aanwijst op een vermeend 'imperatieve' toon en daarmee mogelijk de Engelse regels inzake 'pleading and proof' van vreemd recht zou aantasten. Gezien de in het Engelse recht niet ongebruikelijke taalkundige interpretatie, is het begrijpelijk dat de vraag naar de kwalificatie van deze materie zich aandient. Indien de processuele status van het aangewezen recht immers niet onder de reikwijdte van het verdrag valt, zou deze daardoor immers niet worden aangetast. Deze redenering past in het traditionele denken over de invloed van het verdragenrecht op het internationaal privaatrecht, zoals dat onder de heerschappij van het EVO nog gebruikelijk was.[199] In dat verband is aangevoerd dat het Engelse concept van 'pleading and proof of foreign law' moet worden gezien als een bewijskwestie, en als zodanig onder de uitzondering van art. 1 lid 2 sub h EVO zou vallen.[200] Om die reden zou het EVO dan ook geen invloed uitoefenen op de wijze waarop het conflicten- en buitenlands recht door de Engelse rechter werd (en wordt) behandeld.[201]

Deze opvatting is wel bekritiseerd.[202] Op deze manier wordt de problematiek immers gekwalificeerd volgens het eigen recht. Omdat in het Engelse systeem de problematiek van 'pleading and proof' van vreemd recht als bewijsrechtelijk wordt gezien, valt deze onder de uitzondering van art. 1 lid 2 sub h EVO (of de corresponderende bepalingen van andere instrumenten).[203] Een dergelijke door het eigen

198 Zoals art. 1 lid 3 van zowel Rome I als Rome II.

199 Zie daarvoor uitgebreider paragraaf 7.4.2.1.

200 Voor bewijskwesties geldt dat sommige zaken wel onder de Rome I-Verordening vallen. Blijkens art. 18 Rome I zijn dit de wettelijke vermoedens en de bewijslastverdeling en het bewijs van het bestaan van rechtshandelingen. Vergelijk ook art. 14 EVO en art. 21 en 22 Rome II.

201 Voor de opvatting dat 'proof of foreign law' buiten het toepassingsgebied van het EVO valt, kan ook steun worden gevonden in het Giuliano/Lagarde-rapport. Zie M. Giuliano & P. Lagarde, 'Rapport betreffende het Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst', *PbEG* 1980, C 282/1, op p. 36 (toelichting op art. 14 EVO). Duintjer Tebbens vraagt zich af, in hoeverre een dergelijke opvatting nog houdbaar is, zie H. Duintjer Tebbens, 'New Impulses for the Ascertainment of Foreign Law in Civil Proceedings: A question of (inter) networking?', in: K. Boele-Woelki e.a. (red.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Zürich: Schulthess/Den Haag: Eleven International Publishing 2010, p. 635-652, op p. 645.

202 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 92 e.v.

203 Ook al lijkt daar recentelijk verandering in te zijn gekomen. In *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ 1394, no. 155, oordeelde de Court of Appeal immers dat de vergelijkbare uitzondering van proces- en bewijsrechtelijke kwesties van het toepassingsgebied van de Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 c. 42, te vinden in s. 14(3)(b) van die wet, niet relevant is voor de behandeling van buitenlands recht, aangezien het toepasselijke recht een materieelrechtelijke kwestie zou zijn.

recht ingegeven benadering past niet bij gebruikelijke uitleg van de in EU-instrumenten gehanteerde terminologie.[204] Ten eerste worden, in de lijn van eerdere jurisprudentie van het Hof van Justitie, de in ipr-regelingen voorkomende begrippen op een autonome manier uitgelegd.[205] Dit wordt versterkt door de omstandigheid dat anders 27 verschillende opvattingen over 'procesrecht' een rol kunnen spelen.[206] In sommige lidstaten zou de processuele status van ipr en vreemd recht dan immers wel onder de reikwijdte van de verordeningen komen te vallen, omdat deze misschien niet als 'procesrechtelijk' worden gezien, terwijl dit in andere lidstaten weer niet het geval is. Tot slot past een autonome uitleg beter in het systeem van directe en indirecte collisies tussen Unierecht en nationaal recht, zoals in paragraaf 5.3.2. kort is besproken. De zogeheten procesautonomie van lidstaten is alleen aanwezig voor zover de Unie geen procesrechtelijke regeling heeft gegeven. Zodoende kan de Uniewetgever zelf aangeven wat zij onder het procesrecht vindt vallen en zo de reikwijdte van de procesautonomie kan bepalen.

292 Verordeningen zonder uitsluiting van proces- en bewijsrecht

Er zijn tevens verordeningen met conflictenrechtelijke bepalingen die de uitsluiting van proces- en bewijsvragen van het materiële toepassingsgebied niet kennen.[207] Betekent dit dat voor die verordeningen de processuele status niet van het toepassingsgebied is uitgesloten, en daardoor dus bestreken kan worden?[208] Dit is echter geen sterk argument. Om te beginnen zijn in de Rome III-verordening bepaalde procesrechtelijke kwesties, zoals de processuele rechtskeuze, juist uitdrukkelijk overgelaten aan het recht van de lidstaten.[209] De omstandigheid dat proces- en bewijskwesties dan niet specifiek zijn uitgesloten, zoals in de meeste conflictenrechtelijke verordeningen, is dan verder van weinig belang. Voor de andere genoemde verordeningen geldt dat zij een 'gemengd' karakter hebben. Zij regelen immers ook procesrechtelijke zaken als de internationale bevoegdheid en de erkenning en tenuitvoerlegging.[210] Het is om die reden logisch dat procesrechtelijke zaken niet met zoveel woorden van het toepassingsgebied zijn uitgezonderd; anders zou dit een *contradictio in terminis* opleveren.[211] Tot slot blijkt uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie dat het enkele ontbreken van de uitzondering van proces- en

---

204 Zo ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 281-282. Zie ook GEDIP-rapport 2012, Annexe II, net als Gaudemet-Tallon in haar Annexe A bij dit rapport.

205 Zo ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 281-282. Een voorbeeld is het begrip "onrechtmatige daad" van art. 5 sub 3 EEX in HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (*Kalfelis/Schröder*).

206 Illmer, *CJQ* 2009, p. 244-245.

207 Zoals de (Herschikte) Insolventieverordening, de Erfrechtverordening, de (voor Nederland niet geldende) Rome III-verordening, de Huwelijksvermogensrechtverordening en de Partnerschapsvermogensrechtverordening.

208 Zie ook Duintjer Tebbens, in: *Convergence and Divergence* 2010, p. 645.

209 Art. 5 lid 3 Rome III in verbinding met overweging 20 van de preambule van die verordening.

210 En in geval van de Erfrechtverordening ook nog de erfrechtverklaring.

211 Ook zou dit een te letterlijke uitleg van de verordening betreffen en zich slechts verdragen met de in Europees verband gevolgde teleologische uitleg.

bewijskwesties niet doorslaggevend is. Zo bepaalde het Hof van Justitie EG in *Kongress Agentur Hagen*,[212] en recentelijk *G./Cornelius de Visser*,[213] dat het niet de bedoeling van de EEX is om het procesrecht van de lidstaten één te maken. Het volstaat dat de toepassing van nationale regels van procesrecht niet aan de praktische doeltreffendheid van de EEX in de weg staan. Als dit zelfs voor een instrument van zuiver (internationaal) procesrecht geldt, lijkt deze conclusie ook getrokken te kunnen worden voor een 'gemengd' instrument, dat ook conflictenrechtelijke aspecten bevat.

> Trautmann past deze rechtspraak[214] analoog toe op conflictenrechtelijke verordeningen en meent op grond daarvan dat dit juist tot een beperking van de procesautonomie zou leiden. De uitzondering van proces- en bewijskwesties in de EEX zou dan eveneens niet mogen afdoen aan het nuttig effect van die regeling, zodat deze redenering ook voor bijvoorbeeld de Rome I zou gelden. Hij verliest hierbij uit het ook dat de betrokken regels van de EEX al procesrechtelijke regels betreffen, en dat er daardoor meer innerlijke verbondenheid tussen het Europese en het nationale recht bestaat. Het nuttig effect van de EEX kan dan gemakkelijk door regels van nationaal recht worden belemmerd. Voor de Rome I, of een andere conflictenrechtelijke verordening, is dit anders, omdat de verordening zelf geen procesrecht bevat, maar deze zaken expliciet uitsluit.

De stelling dat het probleem van de processuele status van conflictregels en van buitenlands recht als een procesrechtelijke aangelegenheid wordt gekarakteriseerd, is goed verdedigbaar. Het betreft immers de taakverdeling tussen de rechter en de partijen in het geding. Ook is het sterk verweven met overige elementen van procesrechtelijke aard, zoals de feitenvaststelling (van de internationale aspecten van de zaak) en het deskundigenbewijs en andere vormen van informatieverkrijging (over de inhoud van het vreemde recht). Bovendien ligt dat in de lijn van de *Van Schijndel*-uitspraak, waarin het immers ook ging om de aanvulling van rechtsgronden, en waarin werd geoordeeld dat deze kwestie door het procesrecht van de lidstaat wordt beheerst, met inachtneming van bepaalde voorwaarden.[215]

293 Materieel recht?

Een andere mogelijkheid is dat de wijze van de behandeling wordt 'gekwalificeerd' als een materieelrechtelijke of zelfs conflictenrechtelijke aangelegenheid. Zo wijst Dickinson op de Engelse wijze van *pleading and proof* van buitenlands recht en meent hij dat de mogelijkheid niet kan worden uitgesloten dat het Hof van Justitie EU deze wijze van behandeling van conflicten- en buitenlands recht ziet als een verkapte conflictregel die de lex fori bevoordeelt.[216] Een zodanige redenering, mocht het Hof van Justitie EU daar inderdaad vanuitgaan, lijkt evenwel niet verdedigbaar te

---

212 HvJ EG 15 mei 1990, zaak 365/88, *Jur.* 1990, p. I-1845 (*Kongress Agentur Hagen*), r.o. 17.

213 HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142 (*G./Cornelius de Visser*), r.o. 44-45.

214 Daarbij verwijst hij, naast *Kongress Agentur Hagen*, ook nog naar HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02, *Jur.* 2004, p. I-3565, (*Turner*) rov. 29 (anti-suit injunction), en HvJ EG 10 februari 2009, zaak C-185/07, *Jur.* 2009, p. I-663 (*West Tankers*) (inzake de uitsluiting van arbitrale aangelegenheden'. Zie Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 284-289.

215 Zie paragraaf 5.3.2.

216 Dickinson, *Rome II Regulation* 2008, p. 603.

zijn. Ten eerste hebben partijen, zoals Dickinson zelf aangeeft,[217] de mogelijkheid om het Europese conflictenrecht in te roepen. Zelfs wanneer zij dat niet doen, kan het achterwege blijven van de toepassing van het Europees conflictenrecht, ook wanneer het vraagstuk van *iura novit curia* als conflictenrechtelijk wordt gezien, onder omstandigheden nog worden uitgelegd als een stilzwijgende rechtskeuze.[218] Het is daarmee te weinig om in abstracto als strijdig met het Unierecht te worden gezien. Maar bovenal is het niet goed vol te houden dat het vraagstuk van de toepassing van conflicten- en buitenlands recht zelf als (verkapte) conflictregel wordt beschouwd, hetgeen bij een 'directe botsing' tussen Europees internationaal privaatrecht en nationaal recht vereist zou zijn (zie daarvoor paragraaf 5.3.2.). Er lijkt eerder sprake te zijn van een kwestie die de taakverdeling tussen rechter en partijen omvat en die dus eerder als procesrechtelijk kan worden beschouwd.[219]

Toch zijn er auteurs die het probleem van toepassing van conflictenrecht zien als materieelrechtelijke kwestie. Zo is het onderwerp meermalen ter sprake gekomen in het kader van de vergaderingen van de *Groupe européen de droit international privé*.[220] In dat kader is een subgroep *Foreign Law* samengesteld die over de kwestie heeft gerapporteerd. In een reactie op een rapport van Pauknerová en Van Loon,[221] waarin een procesrechtelijke kwalificatie werd voorgestaan, heeft Gaudemet-Tallon[222] gesteld dat het moet worden gezien als een vraagstuk van materieel recht:

> 'Il n'est pas certain que la question de l'applicabilité d'office ou non de la règle de conflit soit une question de procédure; personnellement, *j'y vois plutôt une règle de fond*, et particulièrement importante puisqu'elle détermine le droit qui sera appliqué au litige (cursief van mij, auteur).'

Het is niet duidelijk waarom zij de plicht tot ambtshalve toepassing eerder als een regel van materieel recht ziet. De ambtshalve toepassing van het conflictenrecht raakt de verhouding tussen rechter en partijen en dus ook een van de fundamenten van de civiele procedure: de partijautonomie. Het ziet op de wijze waarop een subjectief recht, na het instellen van een rechtsvordering, wordt verwezenlijkt en het lijkt dus beter verdedigbaar te zijn om te stellen dat een zodanige kwestie te kwalificeren valt als een procesrechtelijke aangelegenheid. Ook lijkt uit de laatste zinsnede van Gaudemet-Tallons stelling de conclusie getrokken te kunnen worden dat zij eerder doelt op het conflictenrecht als zodanig dan de behandeling ervan in rechte.

---

217 Dickinson, *Rome II Regulation* 2008, p. 604.

218 Zie Hartley, *ICLQ* 1996, p. 291, in voetnoot 101.

219 Vgl. ook Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 368: 'The mode of pleading and ascertaining the content of foreign law is a procedural issue.'

220 Zie de *Compte rendu des séances de travail* van resp. de *Cinquième réunion, Genève, 29 septembre – 1er octobre 1995,* paragraaf I, de *Vingtième réunion, Copenhague, 17-19 septembre 2010*, paragraaf IV en Annex IV, de *Vingt-et-unième réunion, Bruxelles, 16-18 septembre 2011*, paragraaf III en Annex III en de *Vingt-deuxième réunion, La Haye, 14-16 septembre 2012*, paragraaf III, Annex 2. Documenten zijn te raadplegen via < http://www.gedip-egpil.eu/gedip_reunions.html >. (geraadpleegd 29 juni 2020).

221 Zie Compte rendu van de Vingt-deuxième réunion, annex II.

222 Zie *Vingt-deuxième réunion, Annex A – Loi étrangère, 26 juillet 2012. Quelques réflexions*.

294 Tussenposities

Fentiman[223] neemt een meer genuanceerde positie in ten opzichte van de vraag of de introductie ('*pleading*') van vreemd recht, meer in het bijzonder het EVO, als materieel of als processueel moet worden beschouwd. In zijn opvatting dient men een onderscheid te maken tussen de vraag *of* een regel van vreemd recht moet worden geïntroduceerd en de vraag *hoe* een dergelijke regel moet worden geïntroduceerd. De eerste vraag zou volgens hem zien op een materieelrechtelijke kwestie, terwijl de tweede vraag een procesrechtelijke vraag zou zijn.[224] De vraag, hoe vreemd recht moet worden bewezen is dan weliswaar ook procesrechtelijk maar indien het inroepen ('pleading') van vreemd recht verplicht is, meent Fentiman dat men deze plicht niet kan ontwijken, door de inhoud ervan vervolgens niet te (willen) bewijzen.

Tot slot meent Illmer[225] dat het onderscheid tussen materieel recht en procesrecht in het ipr beter kan worden vervangen door het onderscheid tussen *lex fori* en *lex causae*.[226] De vraag waar het volgens hem om draait is of een kwestie tot het domein van de lex causae valt, waarvan sprake is wanneer het '(…) concerns the decision on the merit'.[227] Opvallend is echter dat Illmer, wanneer het gaat om de ambtshalve toepassing van conflicten- en buitenlands recht, op grond van de met het Europese ipr beoogde 'uniformity of results', de 'extension of the realm of the lex causae', en het principe van *effet utile,* oordeelt dat ambtshalve toepassing de norm behoort te zijn,[228] maar niet exact aangeeft wat het door hem voorgestane onderscheid tussen lex fori en lex causae op dat vlak inhoudt. Het is de vraag of de ambtshalve toepassing geen betrekking heeft op de 'functions of the judge',[229] namelijk omdat het betrekking heeft op de taakverdeling tussen rechter en partijen, waarvan hij juist aannam dat deze functies aan de lex fori zijn onderworpen. Nog los daarvan is het de vraag of het onderscheid dat hij voorstaat niet alleen maar geldt *voor zover* conflictenrecht is geünificeerd in een internationaal instrument. In dat geval betekent uitsluiting van het materiële toepassingsgebied vanzelfsprekend een 'verwijzing' (of delegatie) naar het nationale ipr van een lidstaat. Met andere woorden, het onderscheid vloeit voort uit het unificerende karakter van het instrument, en volgt niet zozeer uit de kwalificatie in internationaal-privaatrechtelijke zin. Zelfs wanneer een rechtsverhouding ex art. 1 lid 3 Rome I buiten de werkingssfeer ervan valt, kan dit nog wel betekenen dat het nationale ipr de kwestie als niet-procedureel kwalificeert en alsnog naar de lex causae verwijst.[230]

---

223 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 92-93.

224 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 92-93. In vergelijkbare zin: *Belhaj v Straw* [2014] EWCA Civ 1394, no. 155.

225 Illmer, *CJQ* 2009, p. 237-260.

226 Illmer, *CJQ* 2009, p. 246 e.v.

227 Illmer, *CJQ* 2009, p. 248.

228 Illmer, *CJQ* 2009, p. 259.

229 Illmer, *CJQ* 2009, p. 247.

230 Zoals in theorie mogelijk is met art. 10:154 BW, al spreekt deze bepaling feitelijk van 'verbintenissen'.

5.3.3.5 Systematische inbedding: de toepassing van andere onderdelen van Europees ipr

295 Vergelijking met bevoegdheidsrecht

Men kan de vraag naar de al dan niet aanwezige plicht voor de nationale rechter om het Europees conflictenrecht en het buitenlands recht ambtshalve toe te passen, ook op een meer systematische manier benaderen. Dat wil zeggen dat de vergelijking wordt gemaakt met andere delen van het Europees ipr en daarbij de vraag wordt gesteld, of een eventuele plicht van de rechter om ambtshalve op te treden naar analogie kan worden overgedragen op de processuele status van het Europese conflictenrecht. Een voorbeeld kan worden gevonden in het Europese internationaal procesrecht, zoals dat is neergelegd in de (Herschikte) EEX-Verordening. Dient een nationale rechter ambtshalve zijn bevoegdheid te toetsen? Moet hij de regels van de (Herschikte) EEX uit eigen beweging toepassen? Zo ja, betekent dit dan ook dat de conflictregels ambtshalve toegepast moeten worden? En, in het verlengde hiervan, hoe zit het dan met de feiten die de internationale bevoegdheid rechtvaardigen? Deze twee zaken – processuele status van bevoegdheidsregels en processuele status van voor bevoegdheid relevante feiten – verdienen een andere bespreking.

Door sommige auteurs wordt inderdaad de vergelijking gemaakt met de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het internationaal bevoegdheidsrecht. Zo is Gaudemet-Tallon[231] van mening dat men de plicht om ambtshalve het internationale bevoegdheidsrecht toe te passen, als argument zou kunnen gebruiken om te concluderen tot de ambtshalve toepassing van Europees conflictenrecht.[232] In het bijzonder verwijst zij daarbij naar de arresten van het Hof van Justitie EG in de zaken *Shearson Lehman Hutton*[233] en *Hoffmann/Krieg*[234]. Het is maar de vraag of deze arresten daadwerkelijk meebrengen dat het internationale bevoegdheidsrecht ambtshalve moet worden toegepast. Het Hof van Justitie oordeelde in *Shearson Lehman Hutton* alleen maar, en dat nog in een obiter dictum, dat de rechter ambtshalve onderzoek moet doen naar de reikwijdte van (destijds) het EEX-Verdrag. Dit past ook bij het Jenard-rapport, volgens welke de rechter, bij een beroep op diens onbevoegdheid om van de zaak kennis te nemen, ambtshalve de bepalingen van dat Verdrag moet toepassen:[235]

> 'Hieruit volgt, dat indien iemand met woonplaats in België op grond van artikel 14 van het Burgerlijk Wetboek wordt opgeroepen voor een Franse rechter, de bevoegdheid van deze rechter betwist zonder daarbij een beroep te doen op de bepalingen van het Verdrag de rechter niettemin artikel 3 moet toepassen en zich onbevoegd moet verklaren.'

---

231 GEDIP 2012, Annexe A.

232 GEDIP 2012, Annexe A.

233 HvJ EG 19 januari 1993, zk. C-89/91, *Jur.* 1993, p. I-00139, *NJ* 1996/328.

234 HvJ EG 4 februari 1988, zk. 145/86, *Jur.* 1988, p. 00645, *NJ* 1990/209, m.nt. Schultsz.

235 Rapport van de heer P. Jenard over het Verdrag van 27 september 1968 betreffende de rechterlijke bevoegdheid en de tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 1979 C 59/1, p. 8-9.

Een expliciet beroep op de (Herschikte) EEX is dus niet nodig, maar dat neemt niet weg dat de bevoegdheidsvraag wel aan de orde moet zijn gesteld. Ambtshalve *toetsing* van de bevoegdheid, en de ambtshalve onbevoegdverklaring die daaruit kan voortvloeien, komt daarbij niet aan de orde en kan, wat de (Herschikte) EEX aangaat, slechts onder omstandigheden plaatsvinden.[236] Voor zover geen exlusieve bevoegdheidsgrond in het geding is en de gedaagde is verschenen, mag de rechter zijn bevoegdheid zelfs niet ambtshalve toetsen.[237]

296 Verschillend karakter bevoegdheidsrecht en conflictenrecht

Aan het internationale bevoegdheidsrecht kan relatief weinig worden ontleend voor het conflictenrecht, aangezien beide rechtsgebieden een ander karakter hebben. In het geval van het bevoegdheidrecht gaat het om de vraag of de rechter bevoegd is of niet. Voor zover die vraag aan de orde komt – en dus deel van de rechtsstrijd is – moet de rechter ambtshalve de Europese regeling, bijvoorbeeld de (Herschikte) EEX, toepassen, en hoeven partijen daarop niet explictiet een beroep te doen. De 'toepassing' van de (Herschikte) EEX is dan reeds bij de 'toetsing' van de bevoegdheid ingebrepen. Dit speelt niet bij het conflictenrecht, dat qua gevolg minder eenduidig is als het bevoegdheidsrecht. Daarbij gaat het immers om materieelrechtelijke aanspraken, waarbij het 'slechts' de vraag is door welk recht zij worden beheerst. Omdat het conflictenrecht zelf die materiële uitkomst niet geeft, maar daarvoor afhankelijk is van het toepasselijke recht, hoeft de vraag naar het toepasselijke recht niet noodzakelijkerwijze aan de orde te komen. In extremis kan er zelfs een 'antikies-situatie' ontstaan, waarbij elk met het geval verbonden rechtsstelsels de betrokken vraag op dezelfde wijze beantwoordt. Als deze vraag echter aan de orde wordt gesteld, toetst hij niet alleen of de relevante verordening het geval beheerst, maar past hij daarna ook het aangewezen recht toe. Daarbij is de 'toetsing' aan bijvoorbeeld de Rome I-verordening feitelijk inbegrepen in het 'toepassen' van het (materiële), eventueel buitenlandse, recht. Kortom, ambtshalve *toepassing van* het recht heeft een ander karakter dan de ambtshalve *toetsing aan* het recht. Het eerste geval vindt in beginsel plaats binnen het door de partijen getrokken kader, terwijl in het tweede dat kader juist wordt doorbroken door een vraag aan de orde te stellen die partijen buiten beschouwing hadden gelaten. Dit onderscheid tussen 'toetsen' en 'toepassen' wordt soms miskend.

297 Conclusie

De ambtshalve toepassing van regels van bevoegdheidsrecht in het geval de bevoegdheid van de nationale rechter in het geding is, hoeven dus niet nood-

236 Dat is immers voorgeschreven door (huidig) art. 27 en 28 Herschikte EEX en kan slechts plaatsvinden in geval van een exclusieve bevoegdheidsgrond en in het geval van verstek.

237 HvJ EU 17 maart 2016, zaak C-175/15, ECLI:EU:C:2016:176 (*Taser International*) , r.o. 30-36. Bevoegdheid op grond van vrijwillige verschijning (art. 26 Herschikte EEX) staat zelfs niet in de weg aan de erkenning van een vonnis dat in strijd met de beschermende bevoegdheidsbepalingen is gewezen (HvJ EU 20 mei 2010, zaak C-111/09, *Jur.* 2010, p. I-4545, ECLI:EU:C:2010:290 (*PP Vienna Insurance Group*), r.o. 26-33).

zakelijkerwijze tot de ambtshalve toepassing van het conflictenrecht, of het daardoor aangewezen recht, te nopen. Wel kan het effeciënt zijn als de internationale elementen voor zowel de bevoegdheidsvraag als de rechtsaanwijzing zoveel mogelijk tegelijkertijd worden behandeld. Aangezien deze problematiek ook niet uitdrukkelijk is geregeld, zal deze in paragraaf 5.3.4.4. nader aan de orde komen.

5.3.3.6 Teleologische uitleg van het Europees conflictenrecht

298 Doelstellingen Europees conflictenrecht

Als het recht van de Europese Unie voornamelijk teleologisch uitgelegd moet worden,[238] is het van belang om te weten a) wat de Europese Unie met de eenmaking van conflictregels heeft beoogd, ofwel de doelen van unificatie en harmonisatie, en b) op welke uitgangspunten de verwijzingregels zelf zijn gebaseerd, ofwel de conflictenrechtelijke methode. Zoals blijkt uit de consideransen van de relevante verordeningen, is het doel van het Europese conflictenrecht om een 'Ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid'[239] te bewerkstelligen. Deze ruimte wordt, althans in de verordeningen van vóór het verdrag van Lissabon, gezien als het (ruimere) kader. Om die ruimte te verwerkelijken, is het zaak dat maatregelen worden getroffen '(…) voor zover dit nodig is voor de goede werking van de interne markt'.[240] Deze interne markt vereist dat de voorspelbaarheid van de uitslag van gedingen, de rechtszekerheid en de wederzijdse erkenning van beslissingen wordt bevorderd.[241] Ook wordt met de unificatie van het conflictenrecht beoogd dat forumshopping wordt tegegegaan, doordat steeds hetzelfde recht wordt toegepast, ongeacht waar de zaak aanhangig is gemaakt.

299 Methode Europees conflictenrecht

Nauw verwant aan de doelen van het Europese conflictenrecht zijn de methodologische uitgangspunten waarop deze is gebaseerd. Wanneer men de relevante[242] verordeningen in beschouwing neemt, komt daaruit het beeld naar voren dat het moderne Europese conflictenrecht voornamelijk is gebaseerd op de Savigniaanse aanknoping, de partijautonomie en het begunstigingsbeginsel. Het beschermingsbeginsel wordt daarentegen niet als een zelfstandige verwijzingsmethode be-

238 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 89; Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 189, no. IV-57; Neville Brown, Jacobs & Kennedy, *The Court of Justice* 2000, p. 321-344

239 In de zin van art. 81 VWEU of de voorganger daarvan, art. 65 EG.

240 Zie punt 1, in fine, van de considerans van Rome I, en ook in art. 65 EG. In art. 101 VWEU is het aspect van de interne markt wat meer naar de achtergrond verschoven, aangezien die bepaling voorschrijft dat 'met name' maatregelen genomen kunnen worden voor de goede werking de interne markt. De interne markt is daarmee een bijkomende en geen doorslaggevende ratio meer voor de justitiële samenwerking in burgerlijke zaken.

241 Considerans Rome I, punt 6.

242 Verordeningen die enkel het formele ipr bevatten worden niet meegerekend.

schouwd.[243] Niettemin kunnen de verschillende belangen die door de beschermende conflictregels worden gewaarborgd wel een rol spelen bij de afweging of zij dan ook een ambtshalve toepassing vereisen.[244] Sommige auteurs zijn van mening dat het enkele doel van unificatie van conflictregels al voldoende is om te concluderen dat de ipr-regels, die in de verordeningen zijn neergelegd, van dwingende aard zijn.[245] Er zou daarom geen plaats meer zijn voor een facultatief conflictenrecht.[246] Deze mening is echter niet de heersende leer.[247]

Een belangrijk uitgangspunt in het huidige Europese ipr is – nog steeds – het beginsel van de nauwste betrokkenheid. Naast dit beginsel is ook de partijautonomie van belang. In de considerans van Rome I, bijvoorbeeld, wordt zelfs gesteld dat de keuze om het toepasselijke recht te kiezen de 'hoeksteen van het systeem van collisieregels'[248] op contractenrechtelijk gebied moet zijn. Het is de vraag, of een systeem dat grotendeels is gebaseerd op partijautonomie, enkel op teleologische gronden een plicht tot ambtshalve toepassing van conflicten- en vreemd recht kan inhouden. Het niet-toepassen van een conflictregel door het stilzwijgen van partijen kan immers ook worden gezien als een processuele rechtskeuze. Weliswaar is in sommige gevallen die rechtskeuze beperkt, bijvoorbeeld in het geval van een consumentenovereenkomst ex art. 6 lid 2 Rome I, maar dat betekent niet dat deze belangen worden geschaad met een stilzwijgende, processuele rechtskeuze voor de lex fori.

Gezien de nog vrij 'klassieke' benadering die het Europese ipr kent, zal de vraag naar de teleologische uitleg daarvan samenhangen met de vraag naar de invloed van het conflictenrecht in het algemeen op de toepassing van vreemd recht, zoals wordt besproken in paragraaf 7.4. Ook is het sterk verweven met de effectiviteitsvraag, die in paragraaf 5.3.4. zal worden besproken. Dit laatste geldt ook voor de vraag welke doelen met de harmonisatie zelf zijn beoogd (de vraag sub a hierboven).

5.3.3.7 Conclusie

300 Geen voorgeschreven behandeling van conflicten- of vreemd recht

Al met al kunnen de volgende conclusies worden getrokken. Op grond van de huidige stand van het Europees verwijzingsrecht kan geen plicht tot ambtshalve toepassing ervan (of van het daardoor aangewezen buitenlandse recht) worden aangenomen. Niet alleen heeft de Europese wetgever uitdrukkelijk besloten om deze materie niet te regelen en een rapport van de zijde van de Europese Commissie af te wachten, maar ook omdat een grammaticale interpretatie ervan daartoe niet lijkt te

---

243 Zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/106, en Asser/Vonken *10-I* 2018/233.

244 Zie bijvoorbeeld Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 87 e.v., die artikelen 5 en 6 EVO aanhaalt.

245 Spickhoff, in: *Europäische Kollisionsrechtvereinheitlichung* 2012, p. 120.

246 Sonnenberger 2008, p. 245.

247 E.-M. Kieninger, 'Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts', in: S. Leible & H. Unberath (red.), *Brauchen wir ein Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2013, p. 479-501, op p. 490-491.

248 Overweging 11 van de considerans van de Rome I-verordening.

nopen. De doelen van het Europese ipr – het bieden van rechtszekerheid door unificatie – kunnen wel een argument zijn voor de ambtshalve toepassing, maar zij zijn tevens te onbepaald van aard om ook de processuele behandeling van het conflictenrecht te omvatten. Daarnaast is het verband tussen rechtszekerheid, enerzijds, en toepassing van het conflictenrecht, anderzijds, te indirect van aard om daadwerkelijk van invloed te zijn. Ook de methoden van het Europees conflictenrecht, vooral daar waar de partijautonomie tot 'hoeksteen' van de verwijzingsregel is gemaakt, lijken de ambtshalve toepassing niet met zoveel woorden te vereisen.

Ook gaat de vergelijking met het Europese bevoegdheidsrecht niet op, omdat a) deze procesrechtelijk is en b) het resultaat en de werking van bevoegdheidsregels anders zijn dan die van conflictregels. Wat de kwalificatie betreft, lijkt het voor de hand te liggen de behandeling van conflictregels in processuele zin onder het procesrecht te laten vallen.

De stelling lijkt daarom verdedigbaar dat op grond van de stand van het conflictenrecht de processuele status daarvan (en van het daardoor aangewezen recht) niet in de unificatie is begrepen en dat er op dat gebied dus geen directe botsing tussen het Unierecht en het nationale recht bestaat.[249]

5.3.4 De indirecte botsing tussen Europees ipr en nationaal recht

301 Relevantie voor conflictenrecht

Naast de zogenaamde 'directe collisie', kan het Unierecht ook op een indirecte manier in botsing komen met de rechtsregels van lidstaten. In dat geval komt de vraag op of de nationale rechter de effectiviteit van het Unierecht moet garanderen door dergelijke regels buiten beschouwing te laten. In het *Van Schijndel*-arrest is door het Hof van Justitie reeds geoordeeld dat de vraag naar de al dan niet ambtshalve toepassing van rechtsgronden die aan Europees recht zijn ontleend, wordt overgelaten aan het nationale stelsel van burgerlijk procesrecht, mits is voldaan aan de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. In deze paragraaf zal worden besproken in hoeverre de processuele behandeling van conflicten- en buitenlands recht voldoet aan die twee vereisten.

Voordat aan de vereisten van de nuttig effect-doctrine en het beginsel van procesautonomie wordt toegekomen, komen eerst enkele preliminaire kwesties aan de orde die met de aard van het conflictenrecht te maken hebben. Ten eerste is het de vraag of de nuttig effect-doctrine wel toepasselijk is op vraagstukken van conflictenrecht. Is het conflictenrecht immers niet zodanig van aard dat het zich slecht leent voor noties als 'effectiviteit'? Worden daaraan door de Unieburgers wel 'rechten' ontleend waarvan de doeltreffendheid gewaarborgd moet worden? Ten tweede blijkt dat de aard van conflictenrecht enkele andere bijzonderheden kent, zoals de vraag hoe gelijkwaardigheid in dat kader moet worden begrepen. Ook blijkt dat de invloed van een dergelijk leerstuk zich slechts kan doen gelden via het conflictenrecht. Deze drie elementen zullen hierna worden toegelicht en besproken (paragrafen 5.3.4.1. en 5.3.4.2.), voordat de overige elementen aan bod komen.

249 Zo ook Kieninger, in: *Brauchen wir ein Rom 0-Verordnung?* 2013, p. 491.

5.3.4.1 Nuttig effect-doctrine van toepassing op conflicten- en buitenlands recht?

302 Bijzonderheden: 'effectiviteit'

Zoals gezegd, is het de eerste vraag of de leer inzake het nuttig effect van Unierecht wel van betekenis kan zijn voor de specifieke context die het conflictenrecht biedt. De idee van het nuttig effect – een uitvloeisel van het beginsel van Unietrouw van art. 4 lid 3 VEU[250] – betreft immers de bescherming van aan het Unierecht ontleende rechten en vrijheden. Dit veronderstelt dat sprake moet zijn van subjectieve rechten, of op zijn minst van rechten die in meer of mindere mate voor 'subjectivering' vatbaar zijn. Een voorbeeld daarvan zijn de rechten die consumenten geldend kunnen maken op grond van de Richtlijn Oneerlijke Bedingen.[251] Het conflictenrecht bestaat daarentegen eerder uit "ordeningsrecht",[252] dat in een geval van rechtsverscheidenheid aanknopingspunten biedt aan de hand waarvan het voorliggende geschil kan worden beslecht (de zogenaamde 'wegwijzersfunctie'[253]). Het is lastig voor te stellen dat partijen in zo'n grensoverschrijdende zaak 'recht' zouden hebben op de toepassing van een bepaald rechtsstelsel.[254] Vooral de toepassing van in het Europees conflictenrecht opgenomen exceptieclausules verminderen de voorspelbaarheid van het uiteindelijk toe te passen recht. Het gevolg laat zich raden: wanneer de nuttig effect-doctrine niet van toepassing kan worden geacht op het conflictenrecht van Europese origine, betekent dit dat de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid daaraan niet in de weg kunnen staan en dat de procesautonomie van lidstaten op dat gebied praktisch absoluut is. Wanneer deze leer echter wél van toepassing is, zullen de beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid de nodige eisen stellen aan het nationele procesrecht.

303 Nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie

Er zijn nog geen arresten van het Hof van Justitie gewezen waarin de nuttig effect-doctrine met zoveel woorden wordt toegepast op het Europese conflictenrecht. Wel is dit leerstuk, vaak in combinatie met het beginsel van procesautonomie, op andere manieren in verband met het internationaal privaatrecht gebracht. Om te beginnen is zij regematig aan de orde gekomen in zaken die de grensoverschrijdende gerechtelijke samenwerking in civiele zaken betroffen.[255] Voor het in deze studie behandelde onderwerp zijn de oordelen in de zaken *Nike European Operations*

---

250 Aldus Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 189, no. IV-56.

251 Richtlijn 93/13/EEG.

252 Zie ook paragraaf 7.4.1. Dit is mogelijk anders in het geval van voorrangsregels, welke niet zozeer zijn gebaseerd op de *Ordnungsfunktion* die aan de Savigniaanse aanknoping eigen is, maar eerder gebaseerd zijn op het dwingende karakter van de betrokken regels. De voorrangsregels zullen worden besproken in paragraaf 5.3.4.10.

253 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/96, onder b.

254 Aldus ook Pauknerová & Van Loon, GEDIP 2012.

255 Zie HvJ EU 9 november 2016, zaak C-212/15, ELCI:EU:C:2016:841 (*ENEFI*), r.o. 30; HvJ EU 13 december 2012, zaak C-215/11, ECLI:EU:C:2012:794 (*Szyrocka*), r.o. 34; HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142 (*G./Cornelius de Visser*), r.o. 45.

Netherland en *Vinyls Italia* evenwel interessanter. Daarin is geoordeeld dat het nuttig effect van art. 16 Herschikte EIV[256] gegarandeerd moet worden, en dat bij gebreke van een procedurele regeling het aan het procesrecht van de lidstaten is om de verwerkelijking van regel van Unierecht te waarborgen.[257] Dit betekent dat het Hof van Justitie het leerstuk wel in de context van het conflictenrecht heeft toegepast. Evenwel ging het in deze zaken om bepaalde subjectieve rechten, zoals het verweer tegen de instelling van een faillissementspauliana of vergelijkbare vordering. Het heeft dan ook het karakter van een verweermiddel, en is daardoor beter te individualiseren tot een "recht" dat aan het Unierecht ontleend kan worden. Dit is een verschil met de objectieve verwijzingsregel, die immers een neutraler karakter kent.[258]

304 Discussie

In de literatuur kunnen verschillende opvattingen worden gevonden. Zo past Trautmann de leer van het nuttig effect wel toe op de hier behandelde problematiek.[259] In een boekbespreking van diens proefschrift plaatst Gruber[260] daarbij enige kanttekeningen:

> 'Auch die Überträgung und konkrete Anwendung des vom EuGH postulierten Effektivitätsgrundsatzes, so innovativ der Ansatz des Verfassers (Trautmann, auteur) auch an dieser Stelle ist, stößt auf Bedenken. Der Effektivitätsgrundsatz dient – häufig in einem verwaltungsrechtlichen Kontext – primär dem wirksamen Rechtsschutz der Bürger; er kommt vornehmlich in solchen Fällen zur Anwendung, in denen das nationale Verfahrensrecht die Durchsetzung privater Rechtspositionen entgegen dem *effet utile* des Gemeinschaftrechts erschwert. Vorliegend geht es aber weniger um den konkreten Rechtsschutz, sondern um eher »mittelbar« mit der Kollisionsrechtsvereinheitlichung bezweckte Effekte. Näher betrachtet wendet *Trautmann* daher den »Effektivitätsgrundsatz« nicht nur einfach an; er überträgt ihn vielmehr auf eine neue Konstellation und entwickelt ihn damit der Sache nach fort (cursief van Gruber, auteur).'

Het conflictenrecht is volgens Gruber qua aard dus te 'middellijk' met de doelstellingen van unificatie verbonden om daadwerkelijk te kunnen spreken van 'concrete rechtsbescherming'. Een vergelijkbare opvatting kan worden gevonden bij Van Loon en Pauknerová in hun notitie voor de 22ste bijeenkomst van de *Groupe Européen du*

256 Art. 13 EIV.

257 HvJ EU 15 oktober 2015, zaak C-310/14, ECLI:EU:C:2015:690 (*Nike European Operations Netherlands*), r.o. 28 en 43-44; HvJ EU 8 juni 2017, zaak C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433 (*Vinyls Italia SpA/ Mediterranea di Navigazione SpA*), r.o. 26 en 38

258 Wel kan de vraag worden opgeworpen of de rechtskeuze wellicht als een dergelijk 'recht' van de partijen kan worden beschouwd. Daarover wordt in het navolgende meer gesteld.

259 Zie Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 271-401.

260 U. P. Gruber, 'Trautmann, Clemens: Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren. (Zugl. Hamburg, Univ., Diss., 2009/10) – (Tübingen:) Mohr Siebeck 2011. XXVII, 483 S. (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. 263) (boekbespreking)', *RabelsZ* 2013, p. 406-413, op p. 411

Droit International Privé.[261] Zij zijn van mening dat bij de conflictregels die in Verordeningen zijn neergelegd geen sprake is van 'Community rules directly interfering with national law', zoals dat is vereist in de Rewe/Comet-rechtspraak,[262] omdat conflictregels geen materieel resultaat geven:

> 'But it is worth recalling at the outset that EU Regulations on the conflict of laws do not confer substantive rights (such as the right to enjoy unhindered competition, or, in litigation, the right to be exempted from the cautio iudicatum solvi). They merely provide for certain choice of law rules.'

De betrokken EU-instrumenten voorzien dus 'slechts' in bepaalde conflictregels, waardoor niet kan worden gesproken van 'rechten' in de zin van de Rewe/Comet-leer. Een vergelijkbare opvatting is te vinden bij A-G Jääskinen, die van mening is dat het beginsel van procesautonomie niet één-op-één kan worden toegepast op een nationale regeling van een bevoegdheidsconcentratie inzake de internationale inning van levensonderhoud onder de Alimentatieverordening.[263] In tegenstelling tot de jurisprudentie van het Hof van Justitie uit paragraaf 5.3.2. zou het immers niet gaan om aan het EU-recht ontleende materiële rechten.[264]

Anderen menen daarentegen dat het Europees conflictenrecht wel bepaalde 'rechten' aan justitiabelen toekent. Zo stelt Solenik dat:[265]

> 'De plus, les objectifs de sécurité juridique et de prévisibilité de droit applicable, affichés dans les règlements « Rome I » et « Rome II », confèrent aux opérateurs économiques communautaires le droit à la sécurité juridique quant au droit applicable (le droit de se voir appliquer le droit, à l'application duquel ils peuvent légitimement s'attendre).'

De 'economische actoren' die deelnemen aan de interne markt kunnen volgens Solenik dus rechten ontlenen aan de vereisten van rechtszekerheid en van de voorspelbaarheid van het verwijzingsresultaat. Dit betekent volgens haar dat indien de voorwaarden van het nationale procesrecht in de weg staan aan de effectieve realisatie van dit recht, deze terzijde moeten worden geschoven wegens onverenigbaarheid met het Europese recht, waarbij voornamelijk die systemen risico lopen die

---

261 GEDIP, *Compte rendu des séances de travail, Vingt-deuxième reunion*, Den Haag, 14-16 september 2012, Annex II, 'The Treatment of Foreign Law – Note for the GEDIP Meeting 2012 at The Hague', paragraaf C (http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-22.htm, onder 'Annexe II'. Geraadpleegd op 29 juni 2020).

262 GEDIP 2012, Annex II, t.a.p., paragraaf C.

263 Conclusie A-G, 4 september 2014, gevoegde zaken C-400/13 en C-408/13, ECLI:EU:C:2014:2171 (*Sanders*), no. 70-74. Hij baseert dit mede op een uitleg *a contrario* van HvJ EU 5 december 2013, zaak C-413/12, ECLI:EU:C:2013:800 (*Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León*), r.o. 46-47.

264 Conclusie A-G, 4 september 2014, gevoegde zaken C-400/13 en C-408/13, ECLI:EU:C:2014:2171 (*Sanders*), no. 73. Daarbij verdient het aantekening dat het in die zaak, zoals A-G Jääskinen aangaf, ook ging om de uitleg van een regeling die het internationale procesrecht harmoniseert en niet om een geval waarin het om het procesrecht van één lidstaat gaat.

265 D. Solenik, 'La libre circulation des lois dans l'Union européenne', *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2008, p. 341-360, op p. 359.

gewijd zijn aan de lijdelijkheid van de rechter, zoals het Engelse systeem van *voluntary pleading*.[266]

305 Afweging

Er lijkt dus in de weinige literatuur die er over dit onderwerp te vinden is een verschil van mening te bestaan over de mogelijkheid om de nuttig effect-leer op de het hier behandelde onderwerp toe te passen. Het is echter waarschijnlijk dat de idee van het nuttig effect zich niet gemakkelijk leent voor toepassing op Europese conflictregels en het daardoor aangewezen recht. Het argument van Gruber en van Van Loon en Pauknerová, namelijk dat met de unificatie van het conflictenrecht slechts 'indirecte' of 'middellijke' doelstellingen zijn verbonden, laat zich niet gemakkelijk weerleggen. De toepassing van conflictregels en van vreemd recht in een civiele procedure is zodanig met allerlei omstandigheden verweven – zoals de exacte eis, dan wel het exacte verzoek of verweer, de feitenvaststelling,[267] het eventuele gebrek aan informatie over vreemd recht, het vereiste van een redelijke termijn, de toepassing van exceptieclausules, etc. – dat de doelstellingen van rechtszekerheid, voorspelbaarheid van uitkomsten en het tegengaan van forum shopping eenvoudigweg te vaag zijn om als toetsingskader voor de effectiviteit te kunnen dienen.

Het argument van Solenik dat '*opérateurs économiques*' in de EU aan deze doelstellingen een 'recht op rechtszekerheid aangaande het toepasselijke recht' kunnen ontlenen, lijkt daarentegen niet verdedigbaar. De rechtszekerheid, op welk vlak dan ook, is een algemeen rechtsbeginsel en laat zich daarom niet gemakkelijk vertalen in subjectieve rechten. Hoewel rechtszekerheid een in beschouwing te nemen omstandigheid is die bij de uitleg en daadwerkelijke toepassing van het Europese conflictenrecht – wanneer dat op een door nationaal procesrecht voorgeschreven wijze deel van de rechtsstrijd is geworden – van belang is, lijkt het niet verdedigbaar te zijn om op grond daarvan aan de actoren op de Europese interne markt subjectieve rechten te verschaffen.

Dit wordt ook verklaard door de historische achtergrond van het Europese internationaal privaatrecht. Aangezien deze tot aan het Verdrag van Amsterdam slechts behoorde tot de zogeheten 'derde pijler', is deze aanvankelijk vooral via verdragssluiting tot stand gebracht, zoals in het geval van het EVO en het – overigens nooit in werking getreden – Insolventieverdrag. Dit betekent dat het paradigma van de unificatie en harmonisatie van Europees ipr was voornamelijk intergouvernementeel van aard was en het daarin opgenomen conflictenrecht een overwegend, zo niet uitsluitend, klassiek karakter had.[268] Het vereiste van relevantie voor de interne markt is eerst met het Verdrag van Amsterdam in het EG-verdrag opgenomen, voornamelijk omdat de bevoegdheidsgrondslag voor de unificatie van het ipr nu in de eerste pijler van de Unie was ondergebracht. Solenik lijkt dit te miskennen en is

266 Solenik, *SJER* 2008, p. 359.

267 Zie daarvoor ook Pauknerová & Van Loon, GEDIP 2012, t.a.p., onder E.

268 Zo is art. 3 lid 4 Rome I inzake de voorrang van bijzonder dwingend recht van Europese origine niet te vinden in de voorloper deze bepaling in het EVO.

van mening dat met de communautarisering van het ipr niet slechts de bron maar ook de inhoud van het Europese conflictenrecht is veranderd.

5.3.4.2 Procesautonomie: bijzonderheden van het conflictenrecht

306 Bijzonderheid conflictenrecht; gelijkheidwaardigheidsbeginsel

Verder heeft het conflictenrecht een dusdanig karakter, dat het voor de nuttig effectleer dan wel het beginsel van procesautonomie enkele bijzonderheden meebrengt. Met name de vereisten van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid, die als uitzonderingen op de procesautonomie van lidstaten worden beschouwd, hebben voor het conflictenrecht een bijzondere betekenis.

Het is niet duidelijk hoe de toepassing van het gelijkwaardigheidsbeginsel moet worden opgevat in een internationaal geval. Het meest voor de hand liggende scenario is om de toepassing van een Europese conflictregel door de nationale rechter te vergelijken met de manier waarop een nationale conflictregel wordt behandeld. Voor zover de eerste minder gunstig wordt behandeld dan de laatste, betekent dit dat het gelijkwaardigheidsbeginsel is geschonden. Wanneer deze benadering wordt gevolgd, zal men echter niet snel tot een schending van het gelijkwaardigheidsbeginsel kunnen concluderen, aangezien de geselecteerde rechtsstelsels geen onderscheid maken naar de oorsprong van de conflictregel.

Het is echter ook mogelijk om een andere vergelijking te trekken, waarbij niet zozeer wordt gekeken naar de soort regel – een Europese conflictregel versus een natinoale conflictregel – maar naar het resultaat van de toepassing van die regel. Zo wordt het eigen recht, als dit van toepassing is, wel uit eigen beweging toegepast, maar kan het buitenlandse recht, wanneer dit is aangewezen door een Europese conflictregel, in sommige stelsels als een feit worden gezien, zoals in het Engelse recht het geval is. Is er in dat geval sprake van een 'ongelijke' behandeling, omdat het door een Europese conflictregel aanwezen vreemd recht niet uit eigen beweging wordt toegepast, in tegenstelling tot het eigen recht? Omdat het aangewezen materiële recht niet op Europees vlak is geünificeerd, lijkt dit dus een valse tegenstelling te zijn. Procederen in het buitenland, of met de toepassing van buitenlands recht, is immers inherent verschillend van het procederen in een zuiver interne situatie. Dat heeft ook A-G Bobek betoogd in zijn conclusie bij het *ENEFI*-arrest over de verhouding tussen de EIV en het beginsel van procesautonomie. In punt 36 daarvan stelt hij over het gelijkwaardigheidsbeginsel:[269]

> 'Het is juist dat buitenlandse schuldeisers in de praktijk gewoonlijk met moeilijkheden te maken zullen krijgen in verband met de geografische afstand en de verschillen in taal en wettelijke voorschriften tussen de lidstaat waar de insolventieprocedure is geopend en de lidstaat waar deze schuldeisers zijn gevestigd. Dat is echter een inherent kenmerk van grensoverschrijdende insolventieprocedures, vergelijkbaar met de moeilijkheden die partijen in grensoverschrijdende gedingen ervaren.'

269 Conclusie van Advocaat-Generaal Bobek van 9 juni 2016, zaak C-212/15 (*ENEFI*), ECLI:EU:C:2016:427, punt 36.

Indien het grensoverschrijdend procederen samengaat met een aantal inherente moeilijkheden, betekent dit dat de vergelijking tussen een zuiver interne procedure en een grensoverschrijdende procedure niet gemaakt kan worden. Er valt dus meer te zeggen voor de benadering, waarbij de toepassing van een Europese conflictregel wordt vergeleken met die van een nationale conflictregel.[270]

Als deel van het gelijkwaardigheidsbeginsel speelt ook het 'openbaar belang'-begrip, zoals dat in *Van Schijndel* is gehanteerd en in latere rechtspraak is toegepast onder de noemer 'openbare orde'.[271] Wanneer een nationale rechter op grond van een openbaar belang dan wel de openbare orde ambtshalve moet optreden, en het Unierecht een bepaling van een zodanige aard bevat, is de rechter verplicht de bepaling van EU-recht ambtshalve toe te passen.[272] Dit is echter problematisch in de context van het ipr. Moeten conflictregels immers altijd als van openbare orde of openbaar belang worden gezien? Of gaat het juist om de regel van materieel recht die door de conflictregel is aangewezen, ongeacht of deze het eigen of het buitenlandse recht betreft? Maar ziet 'openbaar belang' of 'openbare orde' in dat geval dan op het eigen recht, of juist op het vreemde recht?[273]

307 Doeltreffendheidsbeginsel

Ook de toepassing van het doeltreffendheidsbeginsel is problematisch. Zelfs als kan worden geconcludeerd dat het achterwege laten van de toepassing van een Europese conflictregel in strijd is met het effectiviteitsbeginsel, doemt onmiddellijk de vraag wat de waarde van die constatering is. Geldt dit dan ook voor de toepassing van het door de verwijzingsregel aangewezen, buitenlandse recht, of voor de vaststelling van de feiten die voor de toepassing van de conflictregel noodzakelijk zijn om de vereiste aanknopingspunten te kunnen identificeren? Het ipr heeft immers als kenmerk dat het 'indirect' werkt; het wijst slechts het rechtsstelsel aan dat de materiële oplossing voor de in geschil zijnde rechtsvragen zal geven. Als de conflictregel wél ambtshalve toegepast moet worden, maar de regel van materieel buitenlands recht niet, wordt er een discrepantie in de rechtstoepassing aangebracht en heeft het vereiste van effectiviteit weinig zin. Als daarentegen op grond van het doeltreffendheidsbeginsel

---

270 Anders A-G Jääskinen, 4 september 2014, gevoegde zaken C-400/13 en C-408/13, ECLI:EU:C:2014:2171 (*Sanders*), no. 74, die er klaarblijkelijk van uitgaat (*mutatis mutandis*) dat bij de toets of aan het gelijkwaardigheidsbeginsel is voldaan, de vergelijking wordt gemaakt tussen een internationaal geschil versus een intern geschil. Een vergelijkbare redenering lijkt A-G Bobek te volgen bij de indiening van vorderingen in een insolventie in nationale zaken versus grensoverschrijdende zaken in zijn conclusie van 9 juni 2016, zaak C-212/15 (*ENEFI*), ECLI:EU:C:2016:427, no. 33.

271 HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3079; HvJ EG 11 mei 2000, zaak C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225, *Jur.* 2000, p. I-3009 (*Renault*); HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot en met C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, *Jur.* 2006, p. I-6641 (*Manfredi*); HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, *Jur.* 2009, p. I-04529 (*T-Mobile*).

272 Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 80, no. 141.

273 Dit probleem is ook bekend in de Franse literatuur, aangezien het Franse ipr lange tijd uitging van de regel dat in aangelegenheden, waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken ('*droits indisponibles*'), het aan de rechter is om de conflictregel en het aangewezen vreemde recht ambtshalve toe te passen. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van de lex fori. Zie Corneloup, in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 159-166.

tevens de regel van buitenlands recht moet worden toegepast, ook al heeft het dezelfde inhoud als de lex fori, is het vereiste van doeltreffendheid mogelijk te ver doorgeschoten. Verder heeft het zijn eigen relevante feitencomplex nodig voor de toepassing van verwijzingsregels.

308 Focus op de positie van het conflictenrecht

Tot slot dient onder ogen te worden gezien dat de invloed van een leerstuk als het nuttig effect van Unierecht zich slechts via de conflictregel kan manifesteren. Aangezien slechts het conflictenrecht op Europees vlak is geünificeerd, kan het nuttig effect van de overige deelproblemen, zoals de toepassing van buitenlands recht of de vaststelling van internationale elementen, slechts worden afgeleid van het nuttig effect van de conflictregels. Met andere woorden, de afweging concentreert zich voornamelijk rond de verwijzingsregels, waarvan het nuttig effect een *condicio sine qua non* voor het nuttig effect van de andere deelproblemen is. Valt er geen noodzaak waar te nemen om het nuttig effect van verwijzingsregels op nationaal vlak te garanderen, dan betekent dit dat dit voor de andere deelproblemen eveneens niet kan worden aangenomen.

5.3.4.3 De Europese conflictregel

309 Procesautonomie; gelijkwaardigheidsbeginsel

Wanneer ervan wordt uitgegaan dat de nuttig effect-doctrine ook bij de toepasselijkheid en toepassing van buitenlands recht een rol kan spelen (zie paragraaf 5.3.4.1.), speelt de vraag wat de grenzen zijn aan de procedurele autonomie van lidstaten. Daarbij wordt er vanuit gegaan dat lidstaten procedurele autonomie bezitten en zelf de inrichting van het procesrecht mogen bepalen. De grenzen van die vrijheid worden beheerst door de beginselen van gelijkwaardigheid en van doelmatigheid.

Om te beginnen met het beginsel van gelijkwaardigheid, doet zich het al besproken probleem voor, namelijk dat het de vraag is wat in een dergelijke situatie precies onder 'gelijkwaardigheid' begrepen moet worden. Zoals in paragraaf 5.3.4.2.. al besproken is, is een voor de hand liggend antwoord op deze vraag dat gekeken moet worden naar de behandeling van de conflictregel. Als de conflictregel van nationale oorsprong op dezelfde wijze wordt behandeld als die van Europese origine, zal het gelijkwaardigheidsbeginsel niet zijn geschonden. In die redenering is de onderliggende assumptie dat de leer van *Van Schijndel* zich voornamelijk richt op het soort regel dat toepassing verlangt: wanneer een materiële regel van nationaal recht *ex officio* moet worden toegepast, geldt dat eveneens voor een materiële regel van Unierecht. En dus ook: wanneer een nationale conflictregel ambtshalve wordt toegepast, geldt dit eveneens voor de Europese conflictregel. Omdat het Hof van Justitie zich echter nog niet heeft uitgelaten over de toepassing van EU-conflictregels, zijn ook andere opties mogelijk.[274] In deze studie zal van de gelijkwaardigheid van de behandeling van de conflictregels (Europees versus natio-

274 Zie paragrafen 5.3.4.1. en 5.3.4.2.

naal) worden uitgegaan. Niet gebleken is dat Europese conflictregels nadeliger worden behandeld dan de eigen conflictregels, zodat dit beginsel niet zal worden geschonden.

Deel van het gelijkwaardigheidsvraagstuk is de kwestie van de openbare orde of, zoals door het Hof van Justitie EU in *Van Schijndel* zo genoemd, het 'openbaar belang'. De door het Hof gestelde regel is namelijk dat indien een regel volgens nationaal procesrecht als van openbare orde moet worden beschouwd, dit ook geldt voor vergelijkbare regels van Unierecht. Voorts is geoordeeld dat als een rechter de bevoegdheid heeft om ambtshalve op te treden, hij verplicht is van die bevoegdheid gebruik te maken indien het een regel van Unierecht betreft (de 'mogen is moetenregel'[275]). Dit doet de vraag rijzen of regels van conflictenrecht in Europees verband als regels van openbaar belang worden gezien. Het spreekt voor zich dat indien een lidstaat conflictregels per definitie tot deze categorie rekent, de zogeheten 'één-op-één-regel' meebrengt dat ook Europese conflictregels deze status krijgen en ambtshalve toegepast moeten worden.

Weliswaar is er rechtspraak van het Hof van Justitie volgens welke de mededingingsrechtelijke bepaling art. 81 EG (art. 101 VWEU) of consumentenbescherming als een dergelijk 'openbaar belang' worden aangemerkt, maar deze rechtspraak speelt in dit kader geen belangrijke rol. Het mededingingsrechtelijke artikel is immers een Europese (materiële) regel, die door rechters in de lidstaten steeds gewaarborgd moet worden, ongeacht het toepasselijke recht.[276] Verder geldt dat consumentenbescherming in voornoemde zin van een geheel andere orde is dan de consumentenbescherming die door conflictregels wordt geboden.[277]

Het is een andere vraag of Europese conflictregels zelf misschien van openbare orde zijn, gezien de belangen die zij pogen te behartigen. Bij een bevestigend antwoord brengen de arresten *Van Schijndel* en *Eco Swiss* mee dat de rechter verplicht is om in zo'n geval de zaak op één lijn te stellen met regels van openbare orde in zijn interne rechtsstelsel, en deze dus ambtshalve toe te passen. Moet het beleidsdoel van een 'Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht' zo'n karakter worden toegekend, of de internationale beslissingsharmonie?

Een interessantere, door Trautmann opgeworpen, vraag is of de met de Europese conflictregels beoogde doelstellingen als een 'openbaar belang' in voornoemde zin moet worden beschouwd.[278] In algemene zin komt deze vraag erop neer of conflictregels, en met name de Europese, een openbaar belang in zich herbergen, zodat deze volgens de *Van Schijndel*-leer ambtshalve toegepast moeten worden. De doelstellingen moeten dan van een dergelijke aard zijn. Het enkele gegeven dat een conflictregel geen rechtskeuzemogelijkheid kent, is volgens hem niet voldoende om een dergelijk belang te rechtvaardigen. Hetzelfde stelt Trautmann over de beslissingsharmonie binnen Europa. Het verband met de interne markt zou te zwak zijn, de zekerheid ten aanzien van

275 Zie Snijders, *WPNR* 2008, p. 547; Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 80

276 Zo ook ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 316-317.

277 Zie hieronder bij de bespreking van het doeltreffendheidsbeginsel. Anders: Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 315-316.

278 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 317-319.

transacties slechts beperkt door ambtshalve toepassing bereikt, de verwachtingen van de partijen niet gehinderd omdat zij zich op vreemd recht kunnen beroepen en het concept van een Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht nog te vaag om daaruit dergelijke consequenties te kunnen trekken.[279] Van Loon en Pauknerová huldigen een vergelijkbare opvatting en menen dat conflictregels niet te beschouwen zijn als regels waarmee een 'openbaar belang' is gemoeid:[280]

> 'In this regard, however, it is difficult to see how each of these Regulations could be ranked at the same level as rules of public policy, such as Articles 101 and 102 TFEU.'

En verder:

> 'It is not evident that the provisions of Rome I and Rome II as a whole, important though they are, "serve a fundamental objective of the Community legal order" or "play a significant role in the achievement of that objective". In any event, they are essentially designed to serve the interests of the parties. This also explains the large room they leave for party autonomy (volgt verwijzing naar Annex A bij het rapport, auteur).'

Deze argumenten zijn goed verdedigbaar. Verder kan daaraan nog toegevoegd worden dat het conflictenrecht zelf te middellijk werkt en te afhankelijk is van het materiële recht van lid- of derde staten om een dergelijk karakter te kunnen hebben. Ook is de discussie maar van een beperkte relevantie. De vraag naar het openbare orde-karakter van een Europese rechtsregel is immers alleen dan relevant, indien het nationale procesrecht voorschrijft dat in zo'n geval de rechter ambtshalve moet handelen. Indien dat niet het geval is, heeft de karakterisering als openbare ordekwestie weinig toegevoegde waarde.

310 Doeltreffendheidsbeginsel

Een ander probleem is de vraag in hoeverre het doeltreffendheidsbeginsel de ambtshalve toepassing van Europese conflictregels vereist. Kortom: in hoeverre belemmeren de nationale procesregels Europese verwijzingsregels doordat het praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk is om de aan de daaruit voortvloeiende rechten volle werking te verlenen? Zoals eerder al besproken, is het voor twijfel vatbaar of hier van "rechten" in zuivere zin kan worden gesproken: het conflictenrecht bevat slechts een verwijzing en geen materiële rechten, en komt dus ten goede aan het algemene partijbelang zonder in de vorm van individuele rechten te zijn gegoten. Wel kan dit worden aangenomen voor een beroep op art. 16 IVO[281] of een beroep op de rechtskeuze.[282]

Afgezien van de vraag of in dit geval sprake is van "rechten" waarop partijen een beroep kunnen doen, is het de vraag of de effectiviteit van het Europese conflictenrecht daadwerkelijk wordt belemmerd door de processuele status die het op lidstatelijk niveau

279 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 318.
280 GEDIP 2012, Annex II.
281 Art. 13 IVO (oud).
282 Zie paragrafen 5.3.4.1. en 5.3.4.2.

kent. Over het algemeen wordt door de weinige auteurs die zich hierover hebben uitgelaten aangenomen dat dit vereiste in de huidige ipr-praktijk van de lidstaten niet wordt geschonden.[283] Zelfs indien de nationale rechter niet verplicht is om de conflictregel ambtshalve toe te passen, blijft het voor partijen immers steeds mogelijk om daarop een beroep te doen. [284] Dit geldt ook voor bijvoorbeeld het Engelse stelsel met aldaar vigerende 'fact doctrine'. In zoverre wordt de 'effectiviteit' van de Europese conflictregel dan ook niet beperkt omdat het initiatief bij de partijen ligt en niet bij de rechter. Ongeacht of sprake is van een stelsel van facultatief conflictenrecht, of dat op andere manieren de partij-invloed doorslaggevend wordt geacht (bijvoorbeeld door een 'Abwahl'), zal dit de effectiviteit van het EU-conflictenrecht niet zodanig belemmeren dat daaraan praktisch elke zin wordt ontnomen. Dit betekent dat systemen als het facultatief conflictenrecht of de *voluntary pleading* niet als zodanig in strijd met het vereiste van doeltreffendheid is.[285]

De doeltreffendheid van Europese conflictregels kan echter wel gevaar lopen wanneer het niet mogelijk is voor de partijen om zich op deze regels beroepen. Dit kan zijn gelegen in de omstandigheid dat de partijen ofwel de (Europese) conflictregel over het hoofd zien, ofwel niet de (financiële) middelen hebben om zich daarop te beroepen. Verder kan zich de situatie voordoen dat er procesregels zijn die het de partijen niet toestaan om een beroep op conflictregels te doen, zelfs als zij dat zouden willen. Daarbij kan worden gedacht aan regels die de omvang van de rechtsstrijd beperken, zoals de *Präklusion* of de tardief aangevoerde stelling. Deze laatste regels hangen samen met de vaststelling van de relevante feiten.

Om te kunnen bepalen of in dergelijke gevallen de effectiviteit van het conflictenrecht daadwerkelijk gevaar loopt, dient deze effectiviteit eerst te worden gedefinieerd. Het gaat bij het Europese conflictenrecht in feite om twee categorieën, die overigens nauw met elkaar verbonden zijn. In de eerste plaats gaat om typische doelstellingen van ipr-harmonisatie, zoals de internationale beslissingsharmonie, de voorspelbaarheid van het verwijzingsresultaat, de rechtszekerheid, en het tegengaan van forumshoppen. Ten tweede spelen zuiver Unierechtelijke overwegingen als het bevorderen van de interne markt en het creëren van een 'Ruime van vrijheid, veiligheid en recht' een rol.

Om te bezien welke invloed het Unierecht op de behandeling van conflictregels uitoefent, kan men de aard van deze regels niet over het hoofd zien. Het probleem is immers dat het conflictenrecht slechts een middellijke werking heeft: het wijst slechts het nationale recht aan, dat op diens beurt de uiteindelijke materiële uitkomst geeft. Het is om die reden dan ook lastig om te spreken van de 'effectiviteit' van deze regels, in tegenstelling tot bijvoorbeeld materiële of bevoegdheidsregels. Weliswaar zijn er met de conflictregel bepaalde doelstellingen beoogd, zoals de voorspelbaarheid van het verwijzingsresultaat of de beslissingsharmonie, maar de regel biedt zelf weinig mogelijkheden om de effectiviteit ervan te toetsen. Gaat het

---

283 Zie Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 373, die meent dat het effectiviteitsbeginsel niet zo ver reikt, dat nationale rechters buiten partijen om ambtshalve de Europese conflictregel zou moeten toepassen.

284 Zie Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 89-90; Dickinson, *Rome II Regulation* 2008, p. 604; Hartley, *ICLQ* 1996, p. 291. Vgl. Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 318; Flessner, in: *30 Jahre* 2009, p. 46.

285 In grotendeels dezelfde zin, Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 347.

immers om de conflictenrechtelijke uitkomst alleen, of moet ook de materieelrechtelijke uitkomst in ogenschouw worden genomen? In het eerste geval bestaat het gevaar dat deze doelstellingen, zoals de beslissingsharmonie, een doel op zich worden.[286] Dit zou de ambtshalve toepassing van het conflictregel degraderen tot een bureaucratische formaliteit, zonder dat de betrokken partijen daar daadwerkelijk voordeel bij hebben of ook maar duidelijk is wat dit meebrengt voor de inhoudelijke afdoening van het geschil. Dit is wel het geval in de tweede opvatting, waarbij de beslissingsharmonie zich richt op de materiële uitkomst. De inherente verbondenheid tussen conflictregel en het daardoor aangewezen recht brengt dan mee dat indien de conflictregel een 'dwingend' karakter heeft in processuele zin, dit ook zou moeten gelden voor het aangewezen materiële recht.

311 Geen typisch 'Europees' karakter

Ook de zuiver Unierechtelijke overwegingen die aan het conflictenrecht ten grondslag liggen, zijn niet duidelijk genoeg om de effectiviteit ervan te kunnen meten. De band met de interne markt is niet sterk, en na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon meer naar de achtergrond verdrongen.[287] Het indirecte verband tussen ipr-verordeningen en interne markt maakt dat daaruit niet kan worden geconcludeerd dat dergelijke regels ambtshalve aangevuld moeten worden.[288] Sommigen zijn een andere opvatting toegedaan, en menen dat het nuttig effect van de conflictregel wel gegarandeerd moet worden door middel van een plicht van rechters om die regels uit eigen beweging toe te passen.[289] Het argument is dat de uniformiteit van het verwijzingsresultaat door de Unie heen hetzelfde moet zijn, en dat dit slechts door de ambtshalve toepassing kan worden gewaarborgd. Dit standpunt kan om twee redenen niet worden onderschreven.

Om te beginnen kennen de conflictenrechtelijke verordeningen een universeel toepassingsgebied, waardoor ook het recht van derde staten van toepassing kan zijn.[290] Daarvoor bestaan verschillende argumenten,[291] zoals de complementariteit van het Europese conflictenrecht met de (Herschikte) EEX-Verordening, de gelijke behandeling van justitiabelen van de Gemeenschap, het kunstmatige karakter van het onderscheid tussen 'intra-communautaire' en 'extra-communautaire' situaties,

286 Vgl. ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 318: 'kein Selbstzweck'.

287 Art. 81 lid 2, aanhef, VWEU schrijft immers voor dat maatregelen 'met name' voor de interne markt genomen kunnen worden. De voorganger, art. 65 EG, sprak nog van maatregelen 'voor zover' dit voor de werking van de interne markt nodig is.

288 Zo ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 318.

289 Solenik, *SJER* 2008, p. 358-359.

290 Zie art. 2 Rome I; art. 3 Rome II; en art. 20 Erfrechtverordening. Voor de verordeningen die het resultaat zijn van nauwere samenwerking, zie art. 20 Huwelijksvermogensrechtverordening; art. 20 Partnerschapsvermogensrechtverordening, en, zij het voor Nederland niet relevant, art. 4 Rome III. Indirect, namelijk via art. 15 Alimentatieverordening, wordt ook art. 2 Haags Alimentatieprotocol 2007 in het Europese ipr opgenomen. Vanwege de samenhang met de bevoegdheidsvraag, kent de (Herschikte) EIV geen universeel toepassingsgebied.

291 Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en van de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("Rome II"), Brussel, 22 juli 2003, COM (2003)427 def., p. 10-12, in het kader van de toelichting bij (voorgesteld) art. 2.

en, tot slot, het voorkomen van complexe situaties. Hoe overtuigend deze argumenten ook zijn, zij nemen niet weg dat het huidige Europees conflictenrecht niet de zuivere marktintegratie tot doel heeft. Dat in het voorstel voor de Rome II-verordening in dat verband naar Haagse verdragen wordt verwezen die ook een dergelijk toepassingsgebied kennen, bevestigt juist het pre-communautaire paradigma.[292]

In samenhang met het voorgaande kan ook worden gezegd dat de verwijzingsmethode binnen de Europese Unie niet specifiek op intracommunautaire gevallen is ingericht.[293] Als daadwerkelijk van een 'intra-Europees' ipr sprake zou zijn, zouden andere aanknopingspunten gebruikt kunnen worden om de Europese conflictregels vorm te geven, zoals het herkomstland-principe ('country of origin').[294] Ook had in plaats van de Savigniaanse model een methode van 'erkenning' van in andere lidstaten verkregen (subjectieve) rechten in dat geval meer voor de hand gelegen.[295] Dit is echter niet het geval; het Europese conflictenrecht heeft een grotendeels 'klassiek' karakter en typisch integratiepolitieke overwegingen, zoals het herkomstlandbeginsel, spelen daarbij geen rol.[296] Dit betekent dat het Europees ipr eigenlijk een typisch 'Europees' karakter ontbeert.

312 Rechtvaardiging?

Ingeval de conflictregel door de partijen over het hoofd wordt gezien, zal de ambtshalve toepassing ook geen toegevoegde waarde hebben. Het vreemde recht wordt dan immers wel toepasselijk verklaard, maar is in dat stadium qua inhoud meestal nog onbekend, zodat het de vraag is of de internationale beslissingsharmonie daarmee gediend is. Wanneer de partijen geen financiële middelen hebben om te bepalen of het gunstig is om zich op de conflictregel te beroepen, is dat eigenlijk een kwestie die te maken heeft met het doen van onderzoek naar de inhoud van vreemde rechtsstelsels.[297] Ambtshalve toepassing biedt in dat geval voor het uiteindelijke probleem geen oplossing. Indien de partijen wel een beroep op conflictregels willen doen, maar zo'n beroep zonder gevolg blijft – omdat deze bijvoorbeeld tardief is aangevoerd – kan er mogelijk een bezwaar vanuit Europees oogpunt bestaan. Het hangt evenwel af van de mate waarin de betrokken partij al in de gelegenheid is geweest om haar standpunt aan te voeren. De betrokken partij blijft immers ook bij een niet-ambtshalve toepassing in staat om zelf een beroep op vreemd recht te doen.

Of de eventuele beperkingen daadwerkelijk leiden tot de conclusie dat het effectiviteitsbeginsel is geschonden, hangt af van de zogeheten procedure *rule of reason.* Deze

---

292 Voorstel Rome II, t.a.p., p. 10.

293 Aldus ook Ten Wolde 2011, p. 617-619.

294 Zie bijvoorbeeld R. Michaels, 'EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory', *JPIL* 2006, afl. 2, p. 195-242.

295 Zie bijvoorbeeld R. Michaels, 'EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory', *JPIL* 2006, afl. 2, p. 195-242.

296 Zo ook F.M. Wilke, 'Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?: eine Skizze anlässlich einer Bayreuther Tagung', *GPR: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht/Eurepean Community private law review/Revue de droit privé communautaire* 2012, afl. 6, p. 334-341, op p. 338.

297 Waarover meer in paragraaf 5.3.4.6.

beperkingen kunnen, met andere woorden, een gebruikelijke procesrechtelijke ratio hebben waardoor ze de inbreuk op de effectiviteit kunnen rechtvaardigen. In *Van Schijndel* is het goed verloop van de procedure als een rechtvaardigingsgrond aangemerkt, meer in het bijzonder het voorkomen van onnodige vertraging door een (te) laat aangevoerde rechtsgrond.[298] Hetzelfde kan gezegd worden van het beheersen van de kosten, omdat het onderzoek naar vreemd recht deze kan verhogen. Het is daarom niet aannemelijk dat het effectiviteitsbeginsel vereist dat er een algehele plicht tot ambtshalve toepassing van Europese verwijzingsregels bestaat.[299]

313 'Zwakkere partijen'

Bijzondere aandacht vraagt de jurisprudentie van het Hof van Justitie over consumentenrechtelijke wetgeving.[300] Sommige auteurs hebben hieruit geconcludeerd dat deze rechtspraak ook geldt voor de conflictenrechtelijke consumentenbescherming, of zelfs voor 'zwakkere partijen', waaronder ook werknemers of verzekeringnemers, in het algemeen.[301] Zo stelt Trautmann dat, hoewel hij het facultatief conflictenrecht op zich niet in strijd met de Unierechtelijke vereisten acht, dit niet wegneemt dat de Europese conflictregels ter bescherming van consumenten en werknemers wel ambtshalve toegepast moeten worden.[302] Het argument dat hij daarvoor aanvoert, is gelegen in het beschermende karakter van de conflictregel, net als de mogelijke onbekendheid van de consument of werknemer met de beschermende bepalingen van het eigenlijk toepasselijke recht.

Hoewel de ratio van de bescherming van de zwakkere partij vanuit rechtspolitiek oogpunt misschien wenselijk is, blijft het evenwel de vraag of de betreffende conflictregels deze gevolgtrekking rechtvaardigen. Om te beginnen is de rechtspraak van het Hof van Justitie voornamelijk gericht op consumenten, en niet op zwakkere partijen in het algemeen.[303] De analogische toepassing van deze rechtspraak op de rechtspositie van andere zwakkere partijen is daarom geen vanzelfsprekendheid. Maar zelfs indien we ons beperken tot consumenten en de nadruk wordt gelegd op de beschermingsgedachte die achter de conflictregels, gaat de vergelijking met het materiële consumentenrecht niet op. De reden daarvoor is dat beide categorieën van Europese regels weliswaar de consument beogen te beschermen, maar dat de aard van deze bescherming in beide gevallen verschilt.[304] Terwijl het materiële consumentenrecht, zoals de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, de consument rechtstreeks subjectieve rechten verschaft die deze kan inroepen, en die de rechter, na imple-

298 *Van Schijndel*, t.a.p. rov. 21.

299 Zo ook: Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2010, p. 320-321. Anders: Hartenstein 2000, p. 96 e.v. Sonnenberger, in: *Die richtige Ordnung* 2008, p. 245; Illmer, *CJQ* 2009, p. 258-260.

300 Zie paragraaf 5.3.2.

301 Zie Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 302-312.

302 Zie Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 335. Het gaat dan om art. 6 en 8 Rome I.

303 Deze conclusie wordt wel getrokken door Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 335.

304 Zij kennen ook andere grondslagen. De materiële consumentenbescherming wordt gebaseerd op art. 4 lid 2 sub f jo. art. 169 e.v. VWEU, terwijl de conflictenrechtelijke consumentenbescherming, als deel van het conflictenrecht, wordt gegrond op art. 4 lid 2 sub j jo. art. 81 VWEU (Ruimte van vrijheid, veiligheid en recht).

mentatie in diens wetgeving,[305] behoort te kennen, geeft art. 6 Rome I slechts bescherming door de consument onder de heerschappij van diens eigen recht te laten vallen. Daarmee is een beter materieel beschermingsniveau niet gegarandeerd. Integendeel, het is zelfs voor te stellen dat het recht van de gewone verblijfplaats van de consument hem minder bescherming biedt dan het recht dat anders toegepast zou worden (de lex fori).

Verder kent het beschermingsmechanisme van art. 6 Rome I ook een ander consumentenbegrip dan dat van het materieelrechtelijke consumentenrecht. In het laatste geval immers gaat om een partij die niet handelt in de uitoefening van beroep en bedrijf en een professionele partij. Art. 6 Rome I vereist daarentegen dat tevens sprake is van een *passieve* consument, namelijk een consument die door de professionele wederpartij wordt benaderd of tot wie commerciële activiteiten worden gericht met ongeacht welke middelen.[306] Een *actieve* consument wordt verondersteld zijn eigen boontjes te kunnen doppen, en heeft blijkbaar geen behoefte aan de bescherming van het conflictenrecht. Dit verschil in de mate van bescherming doet af aan de noodzaak om in geval van een consumentenovereenkomst verder in te grijpen dan nodig is. Ook is de analogische toepassing van de rechtspraak van het Hof van Justitie op het vlak van consumentenrecht dan niet langer vanzelfsprekend.

Bovendien is er, in combinatie met de beschermende bevoegdheidsregels van de Herschikte EEX, sprake van een de facto *Gleichlauf*; de consument kan slechts worden opgeroepen voor "zijn" rechter, onder toepassing van "zijn" recht.[307] Ambtshalve toepassing van de conflictregels heeft dan geen toegevoegde waarde, aangezien de rechter dan toch zijn eigen recht toepast.[308] Dit is slechts anders wanneer een consument in weerwil van de beschermende bevoegdheidsregels van de Herschikte EEX een zaak aanhangig maakt voor het *forum rei*.[309] Feitelijk heeft de consument deze keuze zelf gemaakt. Zoals ook bij de materiële consumentenbescherming het geval is, mag een consument besluiten om af te zien van de hem toegekende rechten, mits deze van zijn rechten in kennis is gesteld door de rechter.[310] Indien men de voornoemde rechtspraak van het Hof van Justitie inzake het materiële consumentenrecht naar analogie wil toepassen, valt niet goed in te zien waarom dit bij de conflictregel anders zou zijn.

Al met al is de noodzaak van ambtshalve toepassing niet noodzakelijk om de effectiviteit van beschermende conflictregels, hoe daaraan ook invulling gegeven kan worden, te waarborgen. Mocht de rechter constateren dat een consument, of in

305 En eventueel zelfs door richtlijnconforme interpretatie.

306 Art. 6, leden 1 en 3, Rome I.

307 Zo ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 335, die zelf van 'lex fori in proproi foro' spreekt.

308 Aldus ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 340, die dit een 'theoretische Frage' noemt.

309 Art. 4 Herschikte EEX.

310 HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *Jur.* 2009, p. I-4713 (*Pannon GSM Zrt.*), r.o. 35: '(…) Acht hij (de rechter, auteur) een dergelijk beding oneerlijk, dan laat hij deze buiten beschouwing, tenzij de consument zich hiertegen verzet (…).'

voorkomend geval een werknemer, het toepasselijke recht over het hoofd ziet, kan een rechterlijke aanwijzing (*Hinweis*) in beginsel volstaan.[311]

314 Antikiesregel en Europees conflictenrecht

Ook is het de vraag of de zogeheten 'antikiesregel' in strijd met het Europese conflictenrecht kan worden geacht. Een dergelijk mechanisme schakelt de ipr-vraag praktisch uit, ook als partijen zich op de conflictregel hebben beroepen. In zoverre is het een rechtsregel die de werking van de conflictregel in de weg zit. De ratio die aan de antikiesregel ten grondslag ligt is echter dat de rechter geen onnodig onderzoek naar het toepasselijke recht hoeft in te stellen, omdat de met het geval betrokken rechtsstelsels qua materieel resultaat toch met elkaar overeenstemmen. De voortgang van de procedure en de wens om de kosten zo laag mogelijk te houden zijn aspecten die ook de toegang tot het recht en een eerlijk proces bevorderen, en zullen daarom een belangrijke rol spelen.[312]

5.3.4.4 De vaststelling van voor de rechtsaanwijzing relevante feiten

315 Geen uitspraak van Hof van Justitie EU

Naast de conflictregels, kunnen ook de voor de conflictregels benodigde feiten – de zogenaamde internationale elementen – een belangrijke rol spelen bij de taakverdeling tussen de rechter en de procespartijen, en (indirect) van invloed zijn op de toepassing van vreemd recht. In een eerdere paragraaf[313] is al de conclusie getrokken dat bij de huidige stand van het Unierecht er waarschijnlijk geen plicht voor nationale rechters bestaat om de relevante internationale elementen uit eigen beweging vast te stellen. Maar betekent dit dat, ondanks het ontbreken van zo'n uitdrukkelijke plicht, de toepassing van de nuttig effect-doctrine mogelijk wél tot zo'n plicht voor de nationale rechter kan leiden? Kortom: wordt aan de Europese conflictregels het nuttig effect ontnomen indien de nationale rechter dergelijke feiten niet uit eigen beweging vaststelt? Indien, bijvoorbeeld, bij een consumentenkoop de verwijzingsregel van artikel 6 lid 1 Rome I ambtshalve moet worden toegepast, maar partijen de daarvoor benodigde feiten en omstandigheden niet hebben gesteld, is de rechter dan eveneens verplicht om een eigen onderzoek naar de woonplaats van de consument te verrichten? Mag of moet hij daarbij buiten de rechtsstrijd van partijen treden? Welke rol speelt het beginsel van procesautonomie van lidstaten in dit verband?

Tot op heden heeft het Hof van Justitie EU zich noch niet specifiek uitgelaten over de wijze waarop de voor de conflictregel benodigde feiten moeten worden vastgesteld, zodat er nog geen duidelijkheid op dit gebied is. Een uitzondering betreft de in een eerdere paragraaf al besproken situatie van art. 16 Herschikte EIV, in welk geval

311 De rechter kent het buitenlandse recht mogelijkerwijs ook niet, althans niet zonder moeite.

312 Anders: Trautmann, die meent dat alleen het tegengaan van vertragingen een eventuele rechtvaardiging kan opleveren. Zie Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 362.

313 Paragraaf 5.3.3.5.

het Hof van Justitie immers heeft geoordeeld dat de partij die belang heeft bij het inroepen van deze bepalingen daartoe de benodigde feiten moet inroepen.[314] Door het exceptieve karakter van art. 16 Herschikte EIV kan deze jurisprudentie niet in haar algemeenheid worden doorgetrokken naar andere regels van conflictenrecht.[315] Wel accepteerde het Hof van Justitie dat dit vraagstuk binnen het door de procesautonomie bestreken gebied valt, zodat deze in beginsel worden overgelaten aan nationaal recht, tenzij de gelijkwaardigheid en de effectiviteit in het geding zouden komen.

316 Rechtspraak Hof van Justitie EU bij bevoegdheidsvragen

Het ontbreken van duidelijke rechtspraak op dit gebied betekent dat naar de rechtspraak van het Hof van Justitie in aangrenzende rechtsgebieden, en deze naar analogie toe te passen op de conflictenrechtelijk gezien relevante feiten. Dit kan zowel door te kijken naar de feitenvaststelling bij regels van internationale bevoegdheid als bij regels van materieel (privaatrechtelijk) Unierecht.

Zoals gezegd, kan voor het vraagstuk van de internationale elementen worden aangehaakt bij de vergelijking die soms wordt gemaakt met het internationaal bevoegdheidsrecht.[316] Verordeningen als de (Herschikte) EEX hebben immers eveneens een feitencomplex nodig dat grensoverschrijdende aspecten kent, zoals de woonplaats van de consument of de ligging van een onrorerende zaak. Het is opvallend dat voor deze feiten niet vanzelfsprekend wordt aangenomen dat zij op initiatief van de rechter vastgesteld moeten worden. Zo wordt al in het Schlosserrapport gesteld:[317]

> 'Het is bovendien geen noodzakelijke consequentie van de artikelen 19 en 20 van het Executieverdrag dat de rechter ambtshalve de feiten moet onderzoeken die voor de beslissing van de competentievraag van belang zijn, dat wil zeggen dat hij bij voorbeeld zou moeten uitzoeken waar de beklaagde zijn woonplaats heeft. Doorslaggevend is alleen dat beweringen van de partijen die door de wederpartij niet zijn betwist, voor de rechter niet bindend zijn (…)'.

Zelfs de uitdrukkelijk in het EEX[318] opgenomen plicht voor de rechter om zich in het geval van een exclusieve bevoegdheidsgrond ambtshalve onbevoegd te verklaren, leidt niet zonder meer tot de conclusie dat ook de daarvoor benodigde feiten ook ambtshalve moeten worden vastgesteld.

---

314 Zie paragraaf 5.3.3.2.

315 Art. 16 Herchikte EIV betreft immers een uitzondering op de toepassing van de conflictregel van art. 7 Herschikte EIV.

316 Gaudemet-Tallon, GEDIP 2012, Annex A. Zoals in paragraaf 5.3.3.5. is besproken, gaat deze vergelijking overigens niet helemaal op.

317 Rapport van prof. dr. P. Schlosser over het Verdrag van 9 oktober 1978 inzake de toetreding van het Koninkrijk Denemarken, Ierland en het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland tot het Verdrag betreffende de rechterlijke bevoegdheid en tenuitvoerlegging van beslissingen in burgerlijke en handelszaken, alsmede tot het Protocol betreffende de uitlegging daarvan door het Hof van Justitie, *PbEG* 1979, C 59/71, p. 82.

318 I.c. het EEX-verdrag, maar naar analogie ook de EEX-Verordening en de Herschikte EEX-Verordening.

Ook het Hof van Justitie heeft zich over deze problematiek inmiddels uitgelaten. In eerste instantie beperkte het Hof tot specifieke gevallen, die onderverdeeld kunnen worden in twee categorieën. De eerste categorie betreft de vraag of het al dan niet bestaan van een overeenkomst van invloed is op de bevoegdheid van de rechter. Tot deze categorie behoort de vraag of het niet-bestaan van een pacht-overeenkomst van invloed is op de exclusieve bevoegdheid van art. 27 Herschikte EEX,[319] of het niet-bestaan van een overeenkomst relevant is voor de geldigheid van een forumkeuze[320] of de betwisting van de totstandkoming van een overeenkomst betekent dat er geen sprake is van plaats van uitvoering in het kader van art. 7 sub 1 Herschikte EEX.[321] De tweede categorie betreft de plaats van het intreden van de schade in de zin van art. 7 sub 2 Herschikte EEX.[322]

In het recentere *Kolassa*-arrest[323] heeft het Hof van Justitie zich in wat bredere bewoordingen uitgelaten over dit vraagstuk. Het Hof van Justitie EU stelt voorop dat de verordening de vaststelling van de relevante feiten niet uitdrukkelijk regelt, en dat het een aangelegenheid van intern procesrecht is die evenwel niet het nuttig effect aan de regeling mag ontnemen.[324] Het Hof oordeelde dat een omvangrijke bewijsprocedure weliswaar te veel zou vooruitlopen op de beoordelingen ten gronde, maar dat:[325]

> "(…) zowel het doel van een goede rechtsbedeling – dat aan verordening nr. 44/2001 ten grondslag ligt – als de geboden eerbiediging van de autonomie van de rechter in de uitoefening van zijn functies vereisen dat het aangezochte gerecht zijn internationale bevoegdheid kan toetsen aan alle te zijner beschikking staande gegevens, daaronder begrepen, in voorkomend geval, de betwistingen van de verweerder."

In *Universal Music International Holding*[326] is, na een prejudiciële vraag van de Hoge Raad, dit oordeel herhaald. Kortom, de rechter moet zich kunnen baseren op de hem ter beschikking staande gegevens, zowel van de eiser als van de verweerder, terwijl een omvattende bewijsprocedure niet wordt vereist. Het gegeven dat het verzoek om een prejudiciële beslissing in *Kolassa* afkomstig was van de Oostenrijkse rechter,

---

319 HvJ EG 14 december 1977, zaak 73/77, *Jur.* 1997, p. 2383, ECLI:EU:C:1977:208 (*Sanders*), destijds nog art. 17 EEX-verdrag.

320 HvJ EU 3 juli 1997, zaak C-269/95, *Jur.* 1997, p. I-3788, ECLI:EU:C:1997:337 (*Benincasa*).

321 HvJ EG 4 maart 1982, zaak 38/81, *Jur.* 1982, p. 825, ECLI:EU:C:1982:79 (*Effer/Kantner*), destijds nog art. 5 sub 1 EEX.

322 HvJ EU 25 oktober 2012, zaak C-133/11, ECLI:EU:C:2012:664 (*Folien Fischer*); HvJ EU 3 oktober 2013, zaak C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635 (*Pinckney*); HvJ EU 3 april 2014, zaak C-387/12, ECLI:EU:C:2014:215 (*Hi Hotel*).

323 HvJ EU 28 januari 2015, zaak C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa*), *NJ* 2015/332, m.nt. Strikwerda, r.o. 58 e.v.

324 HvJ EU 28 januari 2015, zaak C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa*), *NJ* 2015/332, m.nt. Strikwerda, r.o. 59-60.

325 HvJ EU 28 januari 2015, zaak C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa*), *NJ* 2015/332, m.nt. Strikwerda, r.o. 64.

326 HvJ EU 16 juni 2016, zaak C-12/15, ECLI:EU:C:2015:449 (*Universal Music International Holding*), r.o. 42 e.v

dat nadrukkelijk wees op het leerstuk van de zogeheten '*doppelrelevanter Tatsachen*', maakt het interessant voor het vraagstuk van de feiten die voor het conflictenrecht relevant zijn.

317 Afweging

Ook wanneer naar de meer algemene rechtspraak over het beginsel van procesautonomie wordt gekeken, is het niet waarschijnlijk dat het Unierecht vereist dat voor de rechtsaanwijzing benodigde feiten door de rechter uit eigen beweging moeten worden vastgesteld. In *Van Schijndel* is immers uitdrukkelijk geoordeeld dat de lidstaten in beginsel de vrijheid hebben om hun procesrecht naar eigen inzicht in te richten, mits er geen Europese regeling voorhanden is waarmee deze strijdig kan zijn.

Op het eerste gezicht wordt het gelijkwaardigheidsbeginsel niet geschonden. De internationale elementen worden bij toepassing van een Europese conflictregel meestal niet anders behandeld dan bij een nationale conflictregel. Het is wel de vraag hoe gelijkwaardigheid hier moet worden begrepen. Voor zover nationale rechters zich op grond van de processuele openbare orde buiten de rechtsstrijd van partijen mogen begeven om feiten vast te stellen, gaat het veelal om gevallen waarin partijen niet vrij over hun rechten kunnen beschikken. Vaak zijn dergelijke gevallen niet Europees geregeld. Kan dan gezegd worden dat er sprake is van 'ongelijkwaardigheid', alleen maar omdat in sommige nationaal (niet-Europees) geregelde gevallen van bijvoorbeeld familierecht de rechter wel amstshalve zo'n onderzoek instelt, maar bijvoorbeeld niet bij Rome I? Kan in zoverre misschien een verschil in gelijkwaardigheid worden waargenomen, zelfs als de verschillende aangelegenheden conflictenrechtelijk gezien anders worden gekwalificeerd? Het is een andere vraag of het gelijkwaardigheidsbeginsel ook opgaat bij de vergelijking tussen een internationale en een niet-internationale situatie. Indien ingeval van de materieelrechtelijke relevante feiten de rechter een bepaalde bevoegdheid, zoals art. 22 Rv, kan uitoefenen, zou hij deze dan ook moeten toepassen bij een internatinonaal geval die mogelijk onder een Europese verordening kan vallen?

Ook het effectiviteitsbeginsel vormt hoogstwaarschijnlijk geen uitzondering op de procesautonomie van de lidstaten. Ook in gevallen waarin het Hof van Justitie uitdrukkelijk heeft bepaald dat de rechter de feiten ambtshalve aan de relevante regels van Unierecht moet toetsen, stelt het Hof geen strengere eisen aan de manier waarop die feiten worden vastgesteld. Een voorbeeld is de Richtlijn Oneerlijke Bedingen, in welk geval het Hof heeft beslist dat het nodig is dat de rechter over de '(…) daartoe noodzakelijke gegevens, feitelijk en rechtens, beschikt'.[327] De feiten moeten dus duidelijk zijn voordat de rechter uit eigen beweging deze bedingen kan toetsen. De effectiviteit van het Europese consumentenrecht wordt in ieder geval niet voldoende zwaarwegend geacht om vergaand te kunnen ingrijpen in de nationale regeling inzake het bewijs en de feitenvaststelling.

327 HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *Jur.* 2009, p. I-4713 (*Pannon GSM Zrt.*), rov. 32.

Dit wordt bevestigd door het recentere *Faber*-arrest.[328] Aan de orde was de Richtlijn Consumentenkoop,[329] en daarbij kwam de vraag aan bod hoe ver de rechter moet gaan bij het vaststellen van de feiten die noodzakelijk zijn om het geval aan deze richtlijn te toetsen. Het Hof van Justitie oordeelde dat de rechter, wanneer hij feitens en rechtens over de noodzakelijke gegevens beschikt, of via een eenvoudig verzoek om meer informatie kan vragen, hij verplicht is uit eigen beweging na te gaan of de Richtlijn van toepassing is. In dit geval wees het Hof van Justitie nadrukkelijk op art. 22 Rv, dat deze mogelijkheid toestaat. Overgeheveld naar het conflictenrecht zou dit betekenen dat de rechter ambtshalve de conflictregel zou moeten toepassen als hij daartoe voldoende gegevens heeft of deze eenvoudigweg kan verlangen.

Bij deze rechtspraak moet wel de kanttekening worden geplaatst dat het steeds ging om een materieelrechtelijke regeling van consumentenrecht. Dit is een verschil met de al eerder genoemde eigenschap van verwijzingsregels, dat deze vooral indirecte werking hebben.

In de Duitse literatuur heeft Trautmann[330] de vergelijking getrokken met het arrest *Labarotoires Boiron*, zij het in een enigzins ander verband.[331] In dit arrest ging het om de processuele behandeling van feiten die van belang waren voor de toepassing van Europees regels inzake staatssteun. Een van de betrokken partijen had moeite om aan te tonen dat sprake was van staatssteun, omdat de bewijslast daarvoor op haar rustte terwijl zij niet over de gegevens kon beschikken die daarvoor noodzakelijk waren. Het Hof van Justitie oordeelde, kort gezegd, dat de nationale rechter het doeltreffendheidsbeginsel moet verzekeren door gebruik te maken van alle hem ter beschikking staande procedurele middelen, zoals het geven van maatregelen van instructie. Het doeltreffendheidsbeginsel vereiste dus een actieve houding van de rechter. Het gaat hierbij dus om de vaststelling van de voor het Unierecht relevante feiten.

318 Conclusie

Al met al zou dit in de context van het ipr kunnen meebrengen dat de nationale rechter, wanneer een der partijen die zich wil beroepen op de toepassing van een Europese conflictregel en het bewijs van het betrokken aanknopingspunt moeilijk is, alle mogelijkheden moet gebruiken om de vaststelling van dat feit te bewerkstelligen. Dit is echter alleen zo wanneer het anders onmogelijk of uiterst moeilijk kan zijn voor een partij om zo'n feit te bewijzen. Verder betekent dit niet dat de rechter buiten de partijen om, uit eigen beweging dergelijke feiten hoort vast te stellen. Slechts wanneer er een bewijs-

328 HvJ EU 4 juni 2015, zaak C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 (*Faber/Autobedrijf Hazet*).

329 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999, L 171/12.

330 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 376-378.

331 HvJ EG 7 september 2006, zaak C-526/04, *Jur.* 2006, p. I-7550, ECLI:EU:C:2006:528 (*Laboratoires Boiron*). Trautmann past het arrest analogisch toe op het vraagstuk van het onderzoek naar de inhoud van vreemd recht ('Ermittlungspflicht'), in de veronderstelling dat bewijsvragen daaraan verwant zijn. Echter heeft het arrest meer belang voor de vaststelling van voor het Unierecht relevante feiten.

moeilijkheid is, zal dit mogelijk vereist zijn. Verder moet ook niet vergeten worden dat het in *Laboratoires Boiron* ging om een regel van Europees recht die zelf van materiële aard was, hetgeen anders is met een Europese conflictregel. Mogelijk zijn de vereisten in het laatste geval dan ook minder streng.

Het is om die reden niet waarschijnlijk dat een soortgelijke plicht wel zou moeten gelden voor het conflictenrecht, dat immers ook nog eens een ander karakter heeft dan het bevoegdheidsrecht. Verder kan worden verwezen naar hetgeen is gezegd over de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de voor bevoegdheid noodzakelijke feiten. Als het nuttig effect van procesrechtelijke regelingen niet tot de conclusie leidt dat het noodzakelijke feitencomplex ambtshalve door de rechter moet worden achterhaald, is het ook niet waarschijnlijk dat de Europese verordeningen inzake het conflictenrecht daartoe wel zouden nopen.

5.3.4.5 Het door de Europese conflictregel aangewezen buitenlands recht

319 Vreemd recht als indirect gevolg van de conflictregel

Naast de invloed van Unierecht op de toepassing van de conflictregel, vormt de toepassing van het daardoor aangewezen vreemde recht een aparte categorie. Hoewel deze twee kwesties in de praktijk moeilijk zijn te scheiden, moeten ze in theorie wel worden onderscheiden. Veelal zal, indien de conflictregel ambtshalve moet worden toegepast, hieruit logisch volgen dat ook het aangewezen recht dezelfde behandeling krijgt. Ook hierbij dringt zich de vraag op waar de grenzen van de procesautonomie van lidstaten liggen.

Voor wat betreft het gelijkwaardigheidsbeginsel komt het aan op de vraag, of de toepassing van door nationale conflictregels aangewezen buitenlands recht anders is dan het buitenlands recht dat door Europese conflictregels wordt aangewezen. Het is niet waarschijnlijk dat een dergelijke regel in een van de Europese lidstaten wordt gehanteerd. Voor het overige kan daarvoor worden verwezen naar hetgeen daarover is gezegd in paragraaf 5.3.4.2.

Een ander probleem is of de processuele behandeling van buitenlands recht ervoor zorgt dat toepassing van door Europese conflictregels aangewezen recht uiterst moeilijk of in de praktijk nagenoeg onmogelijk maakt. Dit betreft de vraag naar de vereisten die uit het doeltreffendheidsbeginsel voortvloeien. In dit verband rijst wel de vraag of de toepassing van een bepaald rechtsstelsel als een ‘uit het Europees Unierecht voortvloeiend recht’ kan worden beschouwd. Een bevestigend antwoord zou immers impliceren dat de toepasselijkheid van een zeker rechtsstelsel als een “recht” kan worden beschouwd. Hier laat zich het bijzondere karakter van de conflictregel illustreren. De conflictregel geeft immers geen materiële uitkomst (en dus geen individuele rechten), maar wijst enkel het objectief toepasselijk recht aan. Zulks zou anders kunnen zijn wanneer het een rechtskeuze van partijen betreft.

320 Discussie

Sommigen lijken uit de doelstellingen van het Europese conflictenrecht de gevolgtrekking af te leiden dat, wanneer de conflictregel op grond van die doelstellingen

ambtshalve moet worden toegepast, dit ook geldt voor het daardoor aangewezen (buitenlandse) recht. Zo wijst Fentiman erop dat, als wordt aangenomen dat Europese conflictregels *ex officio* toegepast moeten worden, dit ook zou moeten gelden voor het daardoor aangewezen recht:[332]

> 'But, (...), if the Rome Convention truly requires the application of foreign law in certain circumstances, that requirement cannot be subverted by classificatory sleight of hand. If foreign law must be applied, it must be both pleaded and proved.'

Ook Solenik gaat er vanuit dat de toepassing van buitenlands recht ambtshalve moet geschieden:[333]

> 'La condition procédurale du droit étranger étant largement tributaire du statut dont bénéficie la règle de conflit qui le désigne, il semble logique d'appliquer le même raisonnement d'efficacité au processus d'application du droit désignée par une règle communautaire. En effet, dans l'hypothèse où le juge national, *après avoir déterminé d'office* la loi applicable, ne procèderait pas à la recherche de sa teneur, ni d'office, ni en sollicitant la collaboration des parties, *les objectifs de sécurité juridique, de prévisibilité du droit applicable et de prévisibilité du résultat du litige se trouveraient vidés de leur substance* (mijn cursief, auteur).'

En verder:[334]

> 'L'effet utile des règles de conflit communautaires, ainsi que le principe de bonne administration de justice dans les affaires transfrontières, semblent commander une « continuité » de l'office du juge sur *toutes les étapes* du processus de résolution du conflit du lois (tant au stade d'application de la règle de conflit communautaire, *qu'à l'étape d'application du droit désigné*) (mijn cursief, auteur).'

De rechtszekerheid, de voorspelbaarheid van het verwijzingsresultaat en de voorspelbaarheid van de uitkomst van het geschil, waarop de Europese conflictregels volgens haar zijn gebaseerd, vereisen dus volgens haar eveneens de ambtshalve toepassing van het daardoor aangewezen recht.

321 Effectiviteit lastig te bepalen

Net als in het geval van de toepassing van de conflictregel, geldt hier dat de genoemde doelstellingen echter te vaag zijn om daarop het effectiviteitsbeginsel toe te passen. Verder speelt hier nog een ander probleem, namelijk dat de nationale rechter niet geacht wordt kennis te hebben van een ander rechtsstelsel dan het zijne. Weliswaar kan worden vereist dat hij zich deze kennis eigen maakt, maar er zijn geen garanties dat hij daarin slaagt. Een eventuele plicht om ambtshalve het door Unierechtelijke verwijzingsregels aangewezen buitenlandse recht toe te passen is, met andere woorden, een inspanningsverbintenis en geen resultaatsverbintenis.[335]

---

332 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 94.

333 Solenik, *SJER* 2008, p. 358-359.

334 Solenik, *SJER* 2008, p. 359.

335 Zo ook De Boer, in: *Hoe vreemd is buitenlands recht?*, 1979, p. 19-20; Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 165.

De rechtspraak inzake consumenten maakt daarop geen uitzondering. Terwijl de toepassing van de conflictregel nog kan worden gegrond op de onwetendheid van de consument, gaat dit argument niet op voor vreemd recht waarmee de nationale rechter waarschijnlijk ook niet bekend is.

Ook de openbare orde – of in Unierechtelijke terminologie: het openbaar belang – lijkt bij de toepassing van buitenlands recht geen grote rol te spelen. Er kan niet gemakkelijk worden gedacht aan belangen van de Unie wanneer het materiële recht van een andere staat van toepassing is, althans niet op een zodanige manier dat dit de nationale rechter dwingt om ambtshalve dit recht vast te stellen. Ook wanneer sprake is van bijzonder dwingend recht van een lidstaat – ofwel voorrangsregels – zal dit recht eerder de belangen van de betrokken staat op het oog hebben en niet zozeer dat van de Unie.

De eigenschap van het conflictenrecht is dat het zelf geen materiële rechtsregels geeft;[336] het wijst enkel de regels aan die uiteindelijk het materiële resultaat gaan geven. Om die reden heeft de discussie over de ambtshalve toepassing in internationaal-privaatrechtelijk verband altijd twee kanten. Zelfs indien de conflictregels door de rechter uit eigen beweging moeten worden toegepast, wil dat nog niet zeggen dat hetzelfde geldt voor het door de conflictregels aangewezen recht. Wel wordt het als wenselijk of logisch gezien dat uit de ambtshalve toepassing van conflictregels volgt dat eveneens het buitenlands recht ambtshalve wordt toegepast.[337]

322 Geen typisch Europees karakter

Een ander probleem is de vraag in hoeverre een eventuele plicht voor de nationale rechter om het buitenlandse recht toe te passen, is beperkt tot intra-Europese gevallen. Een en ander kan worden verduidelijkt aan de hand van een voorbeeld. Stel dat twee buiten de EU gevestigde of woonplaats hebbende partijen hun geschil hebben voorgelegd aan de Nederlandse rechter. Vervolgens komt de vraag naar het toepasselijke recht aan de orde. Gesteld dat het een contractueel dispuut betreft, zal het toepasselijke recht moeten worden gevonden aan de hand van de Rome I-Verordening, dat een universeel toepassingsgebied kent. Dit kan het recht van een derde staat zijn. Kan de eventuele plicht om ambtshalve het vreemde recht toe te passen zich dan ook uitstrekken tot die rechtsstelsels, zelfs indien geen van partijen, noch de rechtsverhouding, verder geen enkele band met de Unie heeft? Kent het VEU of het VWEU deze bevoegdheid wel aan de Unie toe?

Het universele toepassingsgebied veroorzaakt hier het (fundamentele) probleem dat bij een “extra-Europese” rechtsverhouding als in het onderhavige geval de Nederlandse rechter, bevoegd op grond van een niet-Europese rechtsmachtregeling, bij het bestaan van een verplichting tot *ex officio* toepassing van het aangewezen recht, de inhoud van het recht van een niet-lidstaat ambtshalve zou moeten vaststellen en vervolgens dat recht dienen toe te passen. De vraag rijst in hoeverre dat, gezien het attributiebeginsel, een toelaatbaar resultaat zou zijn. De ruimte van vrijheid, veiligheid en recht, dat de grondslag vormt voor de Rome I-Verordening, is

336 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/6.

337 Zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 30.

immers een zogenaamde “gedeelde bevoegdheid” van de Europese Unie (art. 4 lid 2 sub j VWEU). Het zou ver gaan indien via de interpretatie van het bestaande Unierecht een plicht aan de rechter opgelegd zou worden, waarvoor de Unie zelf geen bevoegdheid gehad zou hebben om deze uitdrukkelijk te verankeren.

5.3.4.6 Het vaststellen van de inhoud van buitenlands recht

323 Aansluiting bij rechtspraak Hof van Justitie?

Aangezien het moeilijk is om te beargumenteren dat het Unierecht noopt tot de ambtshalve toepassing van buitenlands recht, geldt dit te meer voor de wijze waarop de inhoud van buitenlands recht moet worden vastgesteld. Terwijl de regels van Europees ipr nog gemakkelijk achterhaald kan worden, omdat zij als zodanig deel uitmaken van het recht van de rechter, kan dit van het vreemd recht niet worden gezegd. Ook kan de omstandigheid dat de conflictregel in een, vanuit hiërarchisch oogpunt gezien, ‘hogere’ bron is opgenomen, niet één-op-één worden aangevoerd voor buitenlands recht, dat immers van nationale origine is.

Zo is Trautmann van mening dat aangesloten kan worden bij de rechtspraak van het Hof van Justitie EG/EU inzake de invloed van de nuttig effect-doctrine op het van Unierechtelijk relevante feiten. Meer in het bijzonder onder verwijzing naar *Laboratoires Boiron*,[338] waarin het een nationale regel van bewijslastverdeling betrof in het kader van een zaak waarin Unierecht van toepassing was. Op grond van het doeltreffendheidsbeginsel werd geoordeeld dat de Franse rechter genoodzaakt is alle hem ter beschikking staande procedurele middelen te gebruiken wanneer het voor één der partijen onmogelijk of uiterst moeilijk is om het benodigde bewijs te leveren.

Het is echter de vraag of deze benadering van Trautmann, waarbij de vaststelling van de inhoud van vreemd recht functioneel gezien op één lijn met de vaststelling van feiten wordt gesteld, wel de juiste is. De feitenvaststelling betreft immers een wezenlijk ander probleem dan de vaststelling van de inhoud en strekking van een door de conflictregel aangewezen regel van materieel recht. In het eerste geval ligt het initiatief immers bij de partijen, maar was het, zoals in *Labaratoires Boiron*, een kwestie van de omkering van de bewijslast. Wellicht zal dat een rol kunnen spelen voor de Engelse situatie, indien één der partijen een betere informatiepositie heeft, maar het betekent niet dat de vaststelling van de inhoud van vreemd recht door de rechter moet geschieden.

324 Rechtvaardiging?

Bovendien is er een sterke rechtvaardiging voor een eventuele inbreuk op de effectiviteit, namelijk dat de rechter in beginsel ook geen kennis van vreemd recht heeft en niet zonder meer een betere informatiepositie dan de partijen heeft. Het is dan ook een redelijke eis om deze taak aan de partijen over te laten, zeker indien dat passend is in de procescultuur. Wel kan de problematiek van de proceskosten een

338 HvJ EG 7 september 2006, zaak C-526/04, *Jur.* 2006, p. I-7550, ECLI:EU:C:2006:528 (*Laboratoires Boiron*).

beperkende werking op het doeltreffendheidsbeginsel hebben. Aangezien in sommige rechtsstelsels, zoals het in deze studie behandelde recht van Engeland en Wales, het aan partijen is om de inhoud van buitenlands recht te stellen en te bewijzen als een feit door middel van deskundigenbewijs, kan dit betekenen dat daarvan wordt afgezien als een dergelijke handeling verhoogde proceskosten zal meebrengen. De in het Engelse recht voorgeschreven methode, namelijk om de inhoud van vreemd recht met behulp van deskundigen te doen vaststellen, kan daarom mogelijk de effectiviteit van de toepassing van de Europese conflictregels ondergraven. Het is wel de vraag in hoeverre dat een verschil is met een ambtshalve door de rechter geëntameerd onderzoek naar vreemd recht. De kosten van deskundigenbewijs worden immers ook tot de proceskosten gerekend, en door de partijen gedragen. Mogelijk kan een voor de effectiveit van het Europese conflictenrecht gunstiger alternatief worden gevonden, zoals het toestaan van andere modaliteiten dan alleen deskundigenbewijs om de inhoud van vreemd recht te achterhalen, zodat er ook 'goedkopere' manieren gevonden kunnen worden. Dit betekent dat als de rechter onderzoek doet, hij bij financieel zwakkere partijen dat middel kiest dat deze partijen het meest zal ontzien. Het zal mogelijk niet redelijk zijn om van hen te vragen legal opinions te overleggen, indien de kosten van bijvoorbeeld een deskundige door de rechtsbijsand wordt gedekt.

5.3.4.7 Niet-vaststelbaarheid van buitenlands recht

325 Invloed Unierecht niet vanzelfsprekend

Welke invloed oefent het Unierechtelijke karakter van het Europese conflictenrecht uit op de constatering dat buitenlands recht niet is te achterhalen? Kan er uit afgeleid worden onder welke omstandigheden vreemd recht niet is te achterhalen, of welke alternatieve route er dan gevolgd moet worden?

Deze problematiek is in de literatuur, voor zover zij al wordt behandeld, verschillend benaderd. Aangenomen wordt wel dat het Unierecht op deze vraag geen invloed uitoefent. Sommigen menen dat het recht van een andere lidstaat niet als onkenbaar kan worden beschouwd, voor zover Europa in een systeem van informatieuitwisseling voorziet, zoals het Europees Justitieel Netwerk. Beargumenteerd wordt dat een dergelijke constellatie vrijwel verleden tijd is, en daardoor het effectiviteitsbeginsel zou vereisen dat een een door een Europese verwijzingsregel aangewezen recht van een lidstaat altijd moet worden vastgesteld. [339] Hoewel de noodzaak om de toegang tot het recht van andere staten te verbeteren ook in deze studie wordt onderschreven, gaat een dergelijke gevogltrekking te eenvoudig. Het gaat er immers aan voorbij dat de onmogelijkheid om de inhoud van vreemd recht te kunnen vaststellen ook kan zijn ingegeven door overwegingen als het voorkomen van onnodige vertraging of het vermijden van disproportioneel hoge kosten in vergelijking tot de waarde van de zaak. Ook houdt het geen rekening met de situatie,

339 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 181, die in vtnt. 513 er ook nog op wijst dat er in Duitsland al decennia geen buitenlands recht meer als 'unermittelbar' zou zijn beschouwd.

dat het Europese conflictenrecht, vanwege diens sterke nadruk op het universele toepassingsgebied, ook kan wijzen naar het recht van een derde staat.

326 Analogie toepassing rechtspraak Hof van Justitie EU

Een andere benadering is om, bij gebreke van duidelijke rechtspraak van het Hof van Justitie aansluiting te zoeken bij vergelijkbare problemen die wél in Unierechtelijk verband zijn beslecht. Zo maakt Trautmann, net als bij de vaststelling van de inhoud van vreemd recht,[340] de vergelijking met de rechtspraak van het Hof van Justitie over de bewijskracht van feiten die voor de toepassing van het Unierecht van belang zijn.[341] Daarbij is het van belang om te onderkennen dat Trautmann er primair vanuit gaat dat het achterhalen van inlichtingen over buitenlands recht een 'gemodicifieerde vorm van bewijsvoering' ('*modifizierte Form des Beweisverfahrens*')[342] betreft. Deze opvatting kan overigens met enige scepsis worden benaderd. Ten eerste betekent het feit dat soms bewijsrechtelijke instrumenten, zoals deskundigenbewijs, worden gebruikt om informatie over een ander rechtsstelsel te vergaren, nog niet dat het achterhalen van vreemd recht op één lijn kan worden gesteld met het bewijsrecht inzake de feiten, of dat daaraan zelfs maar analoog kan worden aangeknoopt. Ten tweede is daarmee nog niet gezegd dat ook het Hof van Justitie deze leer inzake het bewijs van Unierechtelijk relevante feiten *mutatis mutandis* zal of kan overhevelen naar het vaststellen van buitenlands recht.

Trautmann maakt, om te beginnen met de *maatstaf* voor de beoordeling van een dergelijke situatie van een onkenbaar vreemd recht, een onderscheid tussen de '*deskriptieve Ebene*', dat wil zeggen, de inhoud en gelding van een buitenlandse rechtsnorm, enerzijds en de '*argumentative Ebene*', hetgeen ziet op de interpretatie van vreemd recht en de opvulling van mogelijke lacunes in dat recht ('*Rechtslücken*'), anderzijds.[343] Slechts in het eerste geval zou de rechtspraak van het Hof van Justitie enige aanknopingspunten bevatten, met name in de rechtspraak van het Hof van Justitie in mededingingsrechtelijke zaken.[344] Volgens die rechtspraak moeten de noodzakelijke feiten met 'een aan zekerheid grenzende mate van waarschijnlijkheid' vaststaan ('*Gewissheitsmaßstab*').[345] Op grond daarvan, meent Trautmann dat een enkele inschatting van de *waarschijnlijke* inhoud van vreemd recht ('*Wahrscheinlichkeitsurteil*') niet zou volstaan.[346] Ten aanzien van de uitleg van vreemd recht stelt Trautmann dat de rechter op grond van het effectiviteitsbeginsel verplicht is om door uitleg en analogische toepassing een oplossing te vinden, in plaats van te concluderen dat het vreemde recht niet duidelijk is.[347]

---

340 Zie paragraaf 5.3.4.6.

341 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 384-394.

342 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 377.

343 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 385 en 436. Eerder maakten ook Jansen & Michaels dit onderscheid al, zie N. Jansen & R. Michaels, 'Die Auslegung und Fortbildung ausländischen Rechts', *ZZP* 2003, afl. 1, p. 3-54, p. 8.

344 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 384-385.

345 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 384-385.

346 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 385.

347 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 385.

Het is de vraag of aan het effectiviteitsbeginsel hier niet te veel waarde wordt toegekend. Niet alleen is het verband tussen Europese conflictregel en de vaststelling van het vreemde recht zeer indirect van aard. Dit is een verschil met het Europees mededingingsrecht, dat immers een materiële regeling betreft. Ook kan als gevolg daarvan, zelfs indien men met Trautmanns visie zou instemmen, daarbij eerder van een inspannings- dan van een resultaatsverplichting worden gesproken. Voorts miskent deze opvatting de in de rechtspraak van het Hof van Justitie genoemde procedurele *rule of reason*: er is een procesrechtelijke reden waarom de rechter niet altijd het vreemde recht kan vaststellen. Zeker als het tijdsverloop daardoor problematisch wordt, of de kosten te hoog, kan het fundementele belang van toegang tot de rechter een belangrijke rechtsvaardigingsgrond opleveren.

327 Alternatieven voor toepasselijk recht?

Naast de vraag of het Unierecht, behalve op de maatstaf aan de hand waarvan wordt bepaald of de betekenis van vreemd recht is vastgesteld, ook nog invloed op de alternatieven die voor een onbekend gebleven vreemd rechtsstelsel kunnen worden gehanteerd, zoals een bepaald 'surrogaatrecht'? De vraag lijkt in zijn algemeenheid lastig te beantwoorden. Voor zover al wordt aangenomen dat de ambtshalve toepassing van de conflictregel, en indirect van het vreemde recht, een verplichting zou zijn die *de lege lata* uit het Unierecht zou voortvloeien, is het niet duidelijk of dit ook bepaalde eisen aan het surrogaatrecht zou stellen. Hier doet zich wederom het indirecte karakter van de conflictregel gelden.

Mogelijk zou, indien zo'n plicht inderdaad aangenomen kan worden, de toepassing van het eigen recht als een beperking van de effectiviteit van het Europese verwijzingsrecht worden gezien, omdat rechters door het vooruitzicht van het eigen recht, sneller geneigd zijn om de informatie over het vreemde recht als onduidelijk zien. Een oplossing die meer op het ipr is gebaseerd, zoals de subsidiaire aanknoping, kan dan mogelijk meer gewenst zijn. Wel kan de toepassing van de lex fori worden gerechtvaardigd door de vereisten van een voortvarende procedure en het belang om de kosten zo laag mogelijk te houden.

5.3.4.8 Uitleg van vreemd recht en rechtsvorming

328 Europese vereisten voor rechtsvorming of uitleg?

Naast het vinden en toepassen van buitenlands recht, is er ook nog de problematiek van de uitleg van buitenlands recht en de aanwezigheid van nog onbeantwoorde rechtsvragen. Met andere woorden, wat bepaalt het Unierecht voor die gevallen, waarin een nationale rechter bij de toepassing van buitenland recht tot de conclusie komt dat de betreffende kwestie in het vreemde recht een '*case of first impression*' zou zijn?

Deze vraag is normaliter al een controversiële vraag. Waar men de toepassing van buitenlands recht nog kan verklaren door de openheid die het privaatrecht kenmerkt, kunnen de grenzen van die openheid worden gekenmerkt wanneer het buitenlandse recht zelf onduidelijk is over het antwoord op de betreffende rechtsvraag. Door Trautmann wordt aangenomen dat het beginsel van effectiviteit hier

vereist dat de nationale rechter het vreemde recht in dat geval moet uitleggen of zelfs aan rechtsvorming moet doen:[348]

> 'Sofern Bestand und Inhalt der relevanten Normen zweifelsfrei festgestellt worden können, aber sich daraus keine klare Antwort auf die zu beantwortende Rechtsfrage ergibt, fordert der Grundsatz der Effektivität, dass das Gericht von seiner Befugnis zur Auslegung und Fortbildung des ausländisches Rechts Gebrauch macht, um so der durch das europäische Kollisionsrecht bestimmten *lex causae* zur Anwendung zu verhelfen.'

Bij deze opvatting is enige scepsis op zijn plaats. Zo gaat Trautmann er (wellicht te gemakkelijk) vanuit dat het effectiviteitsbeginsel, mocht dat al van toepassing zijn op het EU-conflictenrecht, evenzeer op de toepassing van het daardoor aangewezen recht aangewend kan worden. Dat is op zichzelf geen gegeven. De institutionele beginselen van attributie, subsidiariteit en proportionaliteit kunnen gaan spelen. Verder gaat Trautmann er zonder meer vanuit dat de nationale rechter de bevoegdheid heeft het vreemde recht te ontwikkelen. Het is echter de vraag, in hoeverre de nationale rechter de bevoegdheid heeft om zulks te doen en of in een dergelijk geval niet aan de grenzen van de toepasselijkheid van buitenlands recht wordt gekomen. Het staat in een dergelijk geval aan de nationale (rechterlijke) autoriteiten van de (lid)staat welks recht van toepassing is om de rechtsvorming te bevorderen. Het is de vraag of het Unierechtelijke ipr een dergelijke openheid van het nationale recht verlangd. In wezen wordt een nieuwe bevoegdheid geattribueerd aan de rechterlijke instanties van een andere staat. Ten derde is niet verdedigbaar dat een dergelijke bevoegdheid in het nuttig effect van de conflictenrechtelijke verordeningen kan worden "gelezen". Wanneer de Uniewetgever zelf uitdrukkelijk heeft afgezien om een regeling inzake de toegang tot buitenlands recht te codificeren, is het moeilijk verdedigbaar dat de nationale rechter dan wel via de nuttig effect-doctrine verdergaande bevoegdheden toekomt dan een dergelijke regeling ook zouden hebben kunnen of willen toekennen.

Het gelijkwaardigheidsbeginsel is hier moeilijk toe te passen. Er bestaat immers grote verschillen in de uitleg van het eigen recht, en de eventuele ontwikkeling daarvan, en dat van vreemd recht. Het effectiviteitsbeginsel zal mogelijk een probleem kunnen vormen, indien wordt aangenomen dat het niet juist interpreteren van vreemd recht een der partijen mogelijk een recht ontzegt of een plicht oplegt. Anderzijds zal het feit dat de nationale rechter wellicht het gezag mist om buitenland recht te ontwikkelen, vanwege de exclusieve taak slechts het eigen recht te vormen, volstaan om daarvoor een rechtvaardiging te bieden.

5.3.4.9 Conflicten- en buitenlands recht in hogere instanties

329 Hogere instantie en hoogste instantie

Voor zover de leer van *Rewe/Comet/Van Schijndel* direct toepasbaar is op het conflictenrecht,[349] is het niet waarschijnlijk dat de toepassing van conflicten- en

348 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 386.
349 Zie paragraaf 5.3.4.1.

buitenlands recht in hogere instanties een andere, verdergaande, rechterlijke activiteit vergt dan in eerste instantie. De bijzonderheden van het procesrecht in hoger beroep of in cassatie of *Revision* wordt mogelijk niet aangetast door het Europese karakter van de conflictregel.

In het geval van hoger beroep kan wel de analogie met de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake vervaltermijnen.[350] Wanneer een partij te laat een beroep doet op een regel van Unierecht, kan sprake zijn van wat in het Duitse recht wel *Präklusion* wordt genoemd: men kan zich niet meer op de regel beroepen. Mogelijk kan dan het beginsel van effectieve rechtsbescherming zijn geschonden, omdat een partij zelf de mogelijkheid wordt ontnomen om zich op de regel van Unierecht te beroepen. Het is echter niet waarschijnlijk dat dat het geval is. Het is voor partijen immers niet onmogelijk om ook in hoger beroep de conflictenrechtelijke beslissing of de toepassing van het vreemde recht aan te vechten.

Voor wat de toetsing in hoogste instantie betreft, kwam in Van Schijndel de vraag aan de orde of een novum in cassatie – hetgeen naar Nederlands procesrecht niet is toestaan – wel opnieuw beoordeeld zou moeten worden, wanneer de ingeroepen rechtsregel Unierechtelijk (destijds: Gemeenschapsrechtelijk) van aard is. Het Hof van Justitie oordeelde dat een dergelijke conclusie niet getrokken behoeft te worden en dat het procesrecht van de betrokken lidstaat in beginsel bepaalt of ambtshalve moet worden opgetreden. Het Hof wijst op de ratio van de Nederlandse regel, die beoogt te voorkomen dat een nieuw feitenonderzoek noodzakelijk is. Deze redenering kan worden doorgetrokken naar de vaststelling van buitenlands recht, aangezien voor de toepasselijkheid van vreemd recht ook feiten (internationale elementen) moeten worden vastgesteld. Om die reden zullen procesrechtelijke beperkingen in hoogste instantie niet noodzakelijkerwijs een uitzondering op het beginsel van procesautonomie vereisen. Bovendien kan de toepassing van de Europese conflictregels zelf wel in hoogste instantie worden getoetst.

Daar komt nog bij dat de toetsing in hoogste instantie verschillende functies heeft. Enerzijds betreft dat de rechtsbeschermingsfunctie, op grond waarvan een partij in haar individuele geval een extra controlemogelijkheid heeft, terwijl het anderzijds gaat om de bescherming van de rechtseenheid en het bevorderen van de rechtsontwikkeling. In het laatste geval is er, zelfs wanneer de effectiviteit van de conflictregel in het geding zou zijn wanneer de toepassing van vreemd recht niet wordt getoetst, een procedurele *rule of reason* aan te wijzen op grond waarvan de beperking gerechtvaardigd zou zijn. Hoogste instanties behoeven immers niet het recht van andere staten te ontwikkelen.

5.3.4.10 Buitenlandse voorrangsregels

330 Voorrangsregels in Europees verband

Of buitenlandse voorrangsregels eventueel ambtshalve moeten worden toegepast, is op dit moment niet duidelijk. De tekst van art. 9 lid 3 Rome I staat het de rechter toe ('kan') gevolg toe te kennen aan buitenlandse regels van bijzonder dwingend recht,

350 Zoals HvJ EG 14 december 1995, zaak C-312/93 *Jur.* 1995, p. I-4615, ECLI:EU:C:1995:437 (*Peterbroeck*)

voor zover deze bepalingen de tenuitvoerlegging van de overeenkomst onwettig maken en lijkt daarmee een facultatief karakter te hebben. Deze opzet is beperkter dan die was gekozen in art. 7 lid 1 EVO, dat immers ruimte liet voor de toepassing van regels van bijzonder dwingend recht van staten waarmee het geval 'nauw verbonden' was en deze regels volgens het recht van die staten op de overeenkomst toepasselijk zou zijn. Deze nauwere opzet van art. 9 lid 3 Rome I is bevestigd in het arrest *Helleense Republiek/Nikiforidis*,[351] waarin het ging om de vraag, of art. 9 lid 3 Rome I ook ruimte laat voor de toepassing van voorrangsregels van andere staten dan de staat van tenuitvoerlegging van de overeenkomst.

Hoewel het arrest *Helleense Republiek/Nikiforidis* op het eerste gezicht voornamelijk betrekking lijkt te hebben op de reikwijdte van de art. 9 lid 3 Rome I, heeft het ook relevantie voor het in deze studie behandelde onderwerp. Het Hof van Justitie EU oordeelde namelijk dat de bepalingen van bijzonder dwingend recht van de staat van tenuitvoerlegging als *rechtsregels* kunnen worden toegepast, hetgeen niet opgaat voor de voorrangsregels van andere derde staten. Deze laatste voorrangsregels kunnen overigens wel als een *feitelijk* element in de beoordeling worden betrokken, voor zover de lex causae daarin voorziet. Meer in het bijzonder stelt het Hof van Justitie nog dat aan die uitleg niet wordt afgedaan door het beginsel van loyale samenwerking, zoals dat in art. 4 lid 3 VEU is te vinden:

> 'Dit beginsel (…) kan het de verwijzende rechter niet toestaan om het feit buiten beschouwing te laten dat de opsomming in artikel 9 van de Rome I-verordening van de bepalingen waaraan hij werking kan verlenen, limitatief van aard is ten einde aan de in geding zijnde Griekse belangen van bijzonder dwingend recht als rechtsregels werking te verlenen (volgt verwijzing naar andere rechtspraak, auteur).'

Of met die benoeming van de betrokken regels als 'rechtsregels' ook wordt beoogd dat deze ambtshalve moeten worden gesignaleerd en, in voorkomend geval, vastgesteld, is niet duidelijk. Het contrast met de kwalificatie van de voorrangsregels van andere derde staten als 'feitelijk element', lijkt de suggestie te wekken dat de in art. 9 lid 3 Rome I bedoelde voorrangsregels wel als rechtsregel – en dus ambtshalve – moeten worden toegepast. Daarentegen behoeft het 'rechtskarakter' van buitenlands recht niet mee te brengen dat ambtshalve toepassing, en eventueel een ambtshalve onderzoek naar de inhoud ervan, vereist is.

Het is moeilijk om te bezien wat het gelijkheidsbeginsel hier met zich zou meebrengen. Gaat het er dan om of vreemde voorrangsregels, waarmee op grond van nationaal ipr rekening wordt gehouden, dan even 'ambtshalve' toegepast moeten worden, als de vreemde voorrangsregels die op grond van Europees ipr in aanmerking worden genomen? Of moet de behandeling van 'buitenlandse' voorrangsregels dan gelijk zijn aan die van 'eigen' voorrangsregels? Gezien het bijzondere karakter van vreemde voorrangsregels, die een uitzondering op het gewone ipr-systeem zijn, lijkt deze laatste opvatting minder goed verdedigbaar. Hetzelfde geldt voor de openbare orde: wanneer nationale ipr-regels inzake buitenlandse voorrangsregels van openbare orde zijn, geldt dit ook voor Europese ipr-regels met dezelfde strekking. Voor het effectiviteitsbeginsel

351 HvJ EU 18 oktober 2016, zaak C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774 (*Helleense Republiek/Grigorios Nikiforidis*).

kan worden gezegd, dat moeilijk valt in te zien welke EU-belangen worden geschaad bij de niet-toepassing van nationale regels, waarvan de nationale wetgever zelf de discretie heeft om te bepalen of deze regels inderdaad van een dergelijk belang zijn. Mocht er al een schending worden aangenomen, zal de onbekendheid met incidenteel toepasselijke regels van vreemde origine, die een uitzondering op het 'gewone' ipr vormen, voldoende rechtvaardiging bieden.

5.3.4.11 Eigen opvatting en conclusie

331 Afweging

Het is verdedigbaar dat het beginsel van procesautonomie van toepassing is op de behandeling van conflicten- en buitenlands recht in het burgerlijk proces. Als dat het geval is, zullen listaten onder de procesautonomie vallen voor wat betreft de wijze waarop zij de processuele behandeling van het buitenlands recht hebben geregeld. De verhouding tussen norm en beoogde doelstelling is te indirect om uitzonderingen op dit beginsel – zoals die van de gelijkwaardigheid of de doelmatigheid – te kunnen rechtvaardigen. Met andere woorden, de schending van het Unierecht is niet duidelijk genoeg.

Zelfs wanneer mocht blijken dat de nuttig effect-doctrine wel van toepassing is op conflictenrechtelijke aangelegenheden, zal het effect daarvan gering zijn. In beginsel zal de 'één-op-één-regel' ertoe leiden dat de nationale positie inzake conflicten- en vreemd recht onverkort voor het Europese conflictenrecht geldt. Van een schending van de gelijkwaardigheid of de doelmatigheid van Unierecht zal niet snel sprake zijn, en de conflictregels zullen ook niet gemakkelijk kunnen worden beschouwd als bepalingen die een zeker (Unierechtelijk) openbaar belang beschermen. In zoverre zal er een hoge mate van procesautonomie bestaan.

De bijzondere jurisprudentie van het Hof van Justitie EG/EU inzake consumentenrechtelijke en mededingingsrechtelijke zaken zal, gezien de verschillende bevoegdheidsgrondslag en – daarmee ook – de verschillende behartigde belangen, niet van toepassing zijn op het conflictenrecht. De bedoelde jurisprudentie ziet namelijk op materieel Unierecht, dat ook zonder het conflictenrecht kan worden gehandhaafd.

Met betrekking tot de verschillende, bijzondere onderdelen – zoals de processuele behandeling van conflictenrechtelijk relevante feiten, de toepassing en vaststelling van de inhoud van buitenlands recht, het conflicten- en buitenlands recht in hogere instanties, etc. – geldt dat daarvoor geen andere regels dan voor de problematiek van het Europese conflictenrecht zelf gelden.

5.3.5 Miscellanea

332 Overige vormen van 'botsingen' met Unierecht

Naast de vraag, of er sprake is van een botsing tussen Unierecht, enerzijds, en nationaal (proces)recht, anderzijds, is het ook mogelijk dat nationaal recht op een andere manier strijdt met Unierecht. In paragraaf 5.3.1. is dit punt ook al aan de orde gekomen. Het kan namelijk zijn dat fundamentele beginselen van EU-recht moge-

lijkerwijze in de weg kunnen staan aan de toepassing van nationaal recht. Een voorbeeld hiervan is de verenigbaarheid van de *cautio iudicatium solvi* met het non-discriminatiebeginsel.[352] Hoewel dit een interessante discussie is, valt zij in wezen buiten het bestek van deze studie. Er zijn twee kwesties die echter wel van belang zijn voor het onderhavige onderwerp: het discriminatieverbod en de toepassing van nationaal recht door EU-rechters zelf. Deze zullen hierna worden behandeld.

5.3.5.1 Discriminatieverbod en de revisibilität en cassabiliteit van vreemd recht

333 Beginsel van non-discriminatie

In de voorgaande subparagrafen is vooral de vraag aan de orde gekomen, of nationaal recht en Unierecht kunnen 'collideren' wanneer het aankomt op de processuele status van conflicten- en vreemd recht. Van dat probleem kan de vraag worden onderscheiden, of het beginsel van non-discriminatie een rol kan spelen bij de processuele status van vreemd recht. Aan dit probleem is al aandacht gegeven door Flessner.[353] Hij meent dat de regel, op grond waarvan buitenlands recht in de hoogste instanties van sommige rechtsstelsels – zoals in cassatie of *Revision* – een andere behandeling krijgt dan nationaal recht, in strijd is met het discriminatieverbod. Hoewel dit een ander probleem betreft en als zodanig niet verwant is met het eerder gemaakte onderscheid tussen directe botsing (waarbij er sprake is van 'concurrentie' tussen Unierecht en nationaal recht) en indirecte botsing (waarbij het nationale recht, hoewel autonoom, het nuttig effect van het Unierecht moet garanderen), is het niettemin een interessante piste om hier te verkennen.

De eventuele invloed van het non-discriminatiebeginsel op de beperking van toetsing in hoogste instantie geeft aanleiding tot een aantal vragen. Zo is het de vraag, wie of wat wordt gediscrimineerd. Is het 'achterstellen' van een buitenlands rechtsstelsel *in abstracto* al voldoende, of moet het gaan om aanwijsbare personen die door die nationale regeling *in concreto* worden benadeeld? Ook is het de vraag, wanneer iets als discriminatie beschouwd kan worden. Moeten de interne grenzen van de Unie daarbij worden overschreden of kan ook van discriminatie worden gesproken in het geval beide partijen binnen één lidstaat verblijven? Welke bepaling van Unierecht kan worden aangewezen op grond waarvan de discriminatie kan worden vastgesteld? Bestaat er een rechtvaardigingsgrond, en zo ja, is deze proportioneel? Aan deze vragen zal in deze subparagraaf worden toegekomen.

Vooropgesteld kan worden dat de vraag, wie door de mogelijke discriminatie moet zijn benadeeld, nauw samenhangt met de bepaling van Unierecht op grond waarvan een eventuele discriminatie beoordeeld moet worden. Het meest in het oog springend is art. 18 VWEU inzake discriminatie op grond van nationaliteit, maar ook de fundamentele vrijheden van de EU schrijven voor dat discriminatie niet is

352 Zie daarvoor paragraaf 5.3.1.

353 Flessner, in: *30 Jahre österreichisches IPR-Gesetz* 2009, p. 44-45, en A. Flessner, 'Diskriminierung von grenzübergreifenden Rechtsverhältnissen im europäischen Zivilprozess', *ZEuP* 2006, afl. 4, p. 737-741.

toegestaan.[354] In beide gevallen zijn er duidelijke maatstaven aan de hand waarvan een eventuele discriminatie kan worden vastgesteld en in beide gevallen is er sprake van een aanwijsbare (rechts)persoon die op grond van de nationale regeling wordt benadeeld. De beoordeling zal zich dus richten op het bestaan van een concrete discriminatie van bijvoorbeeld een Unieburger of van een vennootschap, en niet zozeer aan de hand van een beoordeling *in abstracto*.[355] De mogelijke strijd van een nationale regeling met deze twee Unierechtelijke normen – art. 18 VWEU en met de fundamentele vrijheden – is door Flessner al kort behandeld, en zullen hier aan een nadere beschouwing worden onderworpen.

334 Art. 18 VWEU

Het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit is te vinden in art. 18 VWEU,[356] naast de verschillende bijzondere bepalingen die als *lex specialis* gelden.[357] Bij nadere lezing van art. 18 VWEU lijkt de invloed ervan op de nationale behandeling van vreemd recht in cassatie tot een minimum beperkt te zijn vanwege de focus op de nationaliteit. Daardoor dient de discriminerende handeling betrekking te hebben op de nationaliteit van Unieburgers. Ook Flessner zelf is van mening dat het non-discriminatiebeginsel voornamelijk ziet op personen, en niet zozeer op rechtsverhoudingen.[358] Voornamelijk in het familierecht, waar nationaliteitsaanknoping een belangrijke rol speelt, zou het gelijkheidsbeginsel volgens hem van betekenis zijn.[359] Geconcludeerd kan dus worden dat, voor zover het gaat om *nationaliteits*discriminatie, dit probleem beperkt zal zijn tot enkele gevaltypen. Wants slechts in het geval dat de benadeelde, buitenlandse procespartij de nationaliteit heeft van een lidstaat, en het toepasselijke recht is aangewezen door een conflictregel die de nationaliteit als aanknopingsfactor hanteert, en het aangewezen recht ook daadwerkelijk diens nationale recht is, kan een 'achterstelling' van buitenlands recht in cassatie mogelijk tot de conclusie leiden dat art. 18 VWEU is geschonden.

> Als voorbeeld kan het geval dienen dat twee gehuwde Spanjaarden in Nederland woonachtig zijn en daar een echtscheidingsprocedure aanhangig maken. Wanneer zij ex art. 10:56 BW een rechtskeuze uitbrengen voor het Spaanse recht als het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit, zal deze echtscheiding door dat recht worden beheerst. In cassatie zal het vanwege art. 79 lid 1 sub b RO niet mogelijk zijn om het oordeel van de lagere rechter op die grond te casseren. Het is de vraag of in een dergelijk geval sprake is van een discriminatie van onderdanen van een andere lidstaat (Spanje) op grond van hun nationaliteit. Ook speelt i.c. een rol dat de partijen hun zaak ook voor de Spaanse rechter aanhangig hadden kunnen maken ex art. 3 Brussels IIbis-verordening.

354 Flessner, *ZEuP* 2006, p. 739.

355 Anders Flessner, *ZEuP* 2006, p. 740-741.

356 Art. 18, eerste zin, VWEU luidt: 'Binnen de werkingssfeer van de Verdragen en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, is elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden.' De tweede zin geeft het EP en de Raad de bevoegdheid om secundaire wetgeving tot stand te brengen.

357 Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 228, no. IV-129.

358 Flessner, *ZEuP* 2006, p. 738.

359 Flessner, *ZEuP* 2006, p. 739.

Verder moet de vermeende discriminatie vallen binnen 'de werkingssfeer van de Verdragen' en moet er sprake van een 'grensoverschrijdend element' zijn.[360] Dit zal in hoge mate afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, maar in situaties van internationaal privaatrecht zal dit geen problemen opleveren. Wanneer in het zojuist aangehaalde voorbeeld de Spaanse echtgenoten in Nederland wonen en werken, en dus gebruik maken van bijvoorbeeld het vrij verkeer van werknemers of van het Europees burgerschap, zal gevoeglijk aangenomen kunnen worden dat deze verhouding inderdaad binnen die werkingssfeer valt.[361]

Van bijzonder belang bij art. 18 VWEU is het onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie, van welke twee slechts de laatste variant van belang zal zijn. De cassabiliteit en *Revisibilität* van vreemd recht wordt immers niet openlijk gekoppeld aan de nationaliteit van de procespartij.[362] Ook in het geval van twee Nederlanders die ex art. 3 lid 1 Rome I Engels recht op hun overeenkomst van toepassing verklaren, is cassatietoetsing niet mogelijk. Dit betekent dat er in deze context geen sprake is van directe discriminatie en dat slechts de indirecte discriminatie een rol kan spelen. Bij deze laatste vorm van discriminatie is het van belang dat de 'maatregel', in casu het casstie- of Revisionsverbod, tot verschillende resultaten leidt waarvoor geen objectieve rechtvaardiging is te vinden en waarvan een eventuele rechtvaardiging niet in een evenredige relatie tot het daarmee te dienen doel staat.[363]

Of sprake is van verschillende resultaten bij de toepassing van de regel van nationaal recht, is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wanneer beide procespartijen een vreemde nationaliteit hebben, of de partij met een buitenlandse nationaliteit beroep in cassatie instelt tegen de toepassing van haar nationale recht, zal verschil in behandeling merkbaar zijn in verhouding tot bijvoorbeeld twee Nederlanders die in cassatie klagen met een rechtsklacht over de toepassing van het Nederlandse recht. Toch hoeft de situatie niet zo eenvoudig te zijn. Het is immers ook mogelijk dat de partij die het meeste belang heeft bij de toepassing van het vreemde recht, geen cassatieklacht kan indienen tegen de toepassing van buitenlands recht dat is gebaseerd op de nationaliteit van zijn wederpartij. Hierbij kan men denken aan de '*Lizardi*'-situatie, waarin bijvoorbeeld een Nederlandse verkoper in cassatie klaagt over de onjuiste toepassing van het nationale recht van diens minderjarige, buitenlandse wederpartij.[364] Het is al met al lastig om in abstracto te spreken van discriminatie van partijen die de nationaliteit van een andere lidstaat bezitten, omdat de discriminatie, als deze al zo genoemd kan

360 Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 228, no. IV-130.

361 Zie ook Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 228-229, no. IV-130 en de daar genoemde voorbeelden. Men kan zich afvragen of dit vereiste überhaupt een probleem kan zijn, aangezien buitenlandse onderdanen altijd wel gebruik zullen maken van diensten, werkzaam zullen zijn of gebruik maken van vrij reizen of verblijven.

362 Of zelfs maar aan de woonplaats van procespartijen in het buitenland, zoals in de *Data Delecta*-zaak is gebeurd voor in een andere lidstaat gevestigde rechtspersonen (HvJ EG 26 september 1996, zaak C-43/95, *Jur.* 1996, p. I-4671, ECLI:EU:C:1996:357).

363 Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 229-230, no. IV-132.

364 Zie art. 13 Rome I jo. art. 10:11 lid 2 BW. Mogelijk omdat de wederpartij naar vreemd recht helemaal niet minderjarig is.

worden, zich ook tegen de onderdanen van de eigen lidstaat kan keren. Er bestaat, met andere woorden, dus geen direct verband tussen het hebben van de nationaliteit van een andere lidstaat en het benadeeld worden door de regel dat er in cassatie of *Revision* geen toetsing van vreemd recht plaats vindt.

335 Objectieve rechtvaardiging?

Voorts is het de vraag of een dergelijke vorm van 'discriminatie' in voorkomend geval objectief gerechtvaardigd is. De rechtvaardiging die voor het onderscheid in behandeling van eigen en vreemd recht wordt aangevoerd, is dat het gebrek aan toetsing in hoogste instantie is ingegeven door de omstandigheid dat de hoogste rechters geacht worden om slechts het eigen recht te ontwikkelen en slechts de eenheid van dat recht te waarborgen. Dat volstaat op zichzelf reeds als rechtvaardiging, omdat ook bij de hoogste rechter zelf de kennis van het vreemde recht kan ontbreken en deze verder niet het aan de soevereiniteit ontleende gezag bezit om een gezaghebbende interpretatie aan dat recht te geven. Dit gaat evenwel slechts op voor zover de toetsing in hoogste instantie ziet op de rechtsontwikkelingsfunctie van een dergelijke toetsing. Voor zover de toetsing in hoogste instantie een rechtsbeschermingsfunctie kent, rechtvaardigen zij mogelijk niet het gebrek aan toetsing. Voor zover het Nederlandse en het Duitse rechtsstelsel beiden geen alternatief bieden voor de rechtsbeschermingsfunctie van de cassatie of de *Revision*, kunnen de voor het ontbreken daarvan aangevoerde redenen mogelijk geen objectieve rechtvaardiging bieden voor het eventueel discriminatoire karakter ervan.

Het is overigens de vraag of de aangevoerde rechtvaardiging van de "achterstelling" van buitenlands recht in hoogste instantie wel consequent is. Zo past de Hoge Raad wel buitenlands recht toe om a) de *verwerping* van een cassatiemiddel te rechtvaardigen en b) wanneer de zaak na cassatie door de Raad zelf wordt afgedaan.[365] Ook het BGH past in sommige gevallen buitenlands recht toe, namelijk wanneer dat noodzakelijk is voor de internationale bevoegdheid, voor renvoi, of wanneer de buitenlandse wet sinds het oordeel van de lagere rechter is vervangen door een nieuwe.[366] Er lijken geen goede argumenten te vinden waarom in deze situatie de hoogste rechter wel buitenlands recht toetst of toepast. Een dergelijke redenering kan daarom mogelijk als innerlijk tegenstrijdig worden beschouwd.

Met het voorgaande hangt de evenredigheid van de maatregel samen. In hoeverre is het ontbreken van toetsing in hoogste instantie van de toepassing van vreemd recht door de lagere rechter proportioneel in relatie tot het daarmee beoogde doel? Ook in dit verband kan aansluiting worden gezocht bij de verschillende functies van respectievelijk de cassatie en de *Revision*. Voor zover het gaat om de rechtsontwikkelings- en rechtseenheidsfunctie, is de uitsluiting van de toetsing van vreemd recht in hoogste instantie waarschijnlijk wel als proportioneel te beschouwen. De rechter mist bij de uitleg en ontwikkeling van buitenlands recht eenvoudigweg het gezag dat de rechter van de staat van oorsprong wel heeft. Ook kan het gegeven dat de hoogste rechter evenmin als de lagere rechter voldoende

365 Zie paragraaf 2.5.2.
366 Zie paragraaf 3.5.2.

informatie over vreemd recht heeft, in de weg staan aan een effectieve cassatietoets of *Revision*. Terwijl het oordeel van de lagere rechter, dat de inhoud van het buitenlandse recht niet te achterhalen is, nog getoetst kan worden door een hogere rechter, ontbreekt een dergelijk mechanisme voor de hoogste rechter. Dit vergroot de kans dat de uitleg en ontwikkeling van het recht van een vreemde staat plaatsvindt op basis van onjuiste inlichtingen.

Voor zover echter de rechtsbeschermingsfunctie aan de orde is en het dus gaat om de vaststelling van rechten van partijen, kan een dergelijke volledige uitsluiting van de toetsing mogelijk onevenredig zijn. De taak van de hoogste rechter is in dat geval immers 'slechts' controlerend, en kan het ontbreken van cassatie- of *Revision*toetsing niet meer worden gebaseerd op het enkele argument dat de hoogste rechter niet het recht van vreemde staten hoeft te ontwikkelen. Een dergelijk argument sluit de mogelijkheid van een 'conformiteitscontrole'[367] immers niet uit. Dat de toetsing minder intrinsiek is dan wanneer het eigen recht van toepassing is, valt te verklaren uit het ontbreken van de noodzaak zorg te dragen voor ontwikkeling van vreemd recht. Dat er een vorm van toetsing aanwezig is, kan wel recht doen aan de rechtsbeschermingsfunctie van de cassatie of de *Revision*.

De conclusie lijkt dus te zijn dat het voor twijfel vatbaar is of er in dit geval sprake is van discriminatie. Verder kan er wel een objectieve rechtvaardiging voor de toepassing van vreemd recht worden aangevoerd, maar kan deze mogelijk innerlijk tegenstrijdig zijn. Tot slot is de totale uitsluiting van toetsing van de toepassing van buitenlands recht mogelijk niet zonder meer evenredig en kan een 'alternatief' in de vorm van een 'conformiteitscontrole'[368] in voornoemde zin vereist zijn.

336 Discriminatie en fundamentele vrijheden

De tweede wijze waarop de uitsluiting van buitenlands recht voor toetsing in hoogste instantie discriminatoir kan zijn, betreft de eventuele schending van de fundamentele vrijheden van de Unie. Dit betreft een vrij diverse categorie van vrijheden, zoals het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal.[369] Deze verschillende vrijheden hebben vaak hun uitwerking gekregen in de rechtspraak van het Hof van Justitie[370] en het zal het bestek van deze studie te buiten gaan om deze in detail te bespreken en daarvan de waarde voor het onderhavige thema te beoordelen.

Wel is van belang dat voor het oordeel, dat één van de vrijheden is geschonden, aan een aantal "basisvereisten" moet zijn voldaan. Zo moet sprake zijn van een 'grensoverschrijdende aangelegenheid', aangezien het vrije verkeer slechts geldt tussen lidstaten, en moet er dus geen sprake zijn van een 'volledig interne situatie'.[371] Het is de vraag wat dit betekent voor de situatie waarin twee in Nederland woonachtige contractanten het Engelse recht van toepassing verklaren (art. 3 lid 3 Rome I). Er is in dat geval geen 'grens

367 Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 209.
368 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 209.
369 Resp. art. 28 e.v. VEU, art. 45 e.v. VEU en art. 49 e.v. VEU.
370 Zo ook Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 311-312, no. VII-2.
371 Vg.l Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 312, no. VII-3.

overgegaan', zodat het waarborgen van het vrije verkeer geen argument is voor de stelling dat art. 79 lid 1 RO mogelijk discriminatoir is.

Verder moet er een bepaald causaal verband bestaat tussen het bestaan van de nationale regeling – *in casu* dus de uitsluiting van buitenlands recht van de toetsing in cassatie of *Revision* – en een bepaling inzake het vrije verkeer. Er moet daadwerkelijk sprake zijn van een handelsbelemmering.[372] Zullen bijvoorbeeld werknemers niet meer in een andere lidstaat gaan werken, omdat het daar niet mogelijk is om in hoogste instantie te klagen over de toepassing van het buitenlandse recht? Dit lijkt onwaarschijnlijk en ook Flessner zelf heeft erkend dat het Hof van Justitie in dit geval het verband tussen regeling en schending als te 'ongewis en te indirect' zal zien.[373] Zoals hij terecht stelt, staat een regel van procesrecht in een te ver verwijderd verband om een handelsbelemmering te kunnen veroorzaken, te meer daar de belemmering eerst in laatste instantie aanwezig is.[374]

Voorts geldt dat, zelfs al zou het Hof van Justitie tot het oordeel komen dat er sprake is van een handelsbelemmering, dit niet wegneemt dat er de mogelijkheid bestaat om een beroep te doen op een objectieve rechtvaardiging, ingegeven door 'dwingende vereisten',[375] welke rechtvaardiging ook proportioneel moet zijn. Volgens Flessner kan de situatie, waarin buitenlands recht in hoogste instantie wordt achtergesteld bij het eigen recht, nauwelijks worden gerechtvaardigd. Hij wijst daarbij op twee veelvuldig aangevoerde argumenten: de hoogste instantie is slechts verplicht de rechtseenheid- en ontwikkeling van het eigen recht te waarborgen, en daarnaast zou de hoogste instantie 'behoed' moeten worden voor de 'pijnlijke openbaring' van hun gebrek aan rechtskennis over vreemd recht. Hij meent dat dit niet in de weg staat aan de plicht van nationale rechters om verder te gaan wanneer het vrije verkeer in het geding is. Deze redenering ziet over het hoofd dat de toetsing in hoogste instantie ook gaat over de ontwikkeling van het eigen recht. Het is kwestieus of de lidstaten de soevereiniteit over hun eigen rechtsontwikkeling, voor zover de Unie op dat vlak geen bevoegdheid heeft, via de Unie volledig hebben willen overdragen aan de hoogste rechters van andere lidstaten. Het attributiebeginsel staat er mogelijk aan in de weg staat, dat de EU aan lidstaten verdergaande verplichtingen oplegt dan zij zelf toebedeeld heeft gekregen.[376]

337 Dienstenverkeer

Flessner heeft op een originele manier nog een andere schending van het vrije verkeer besproken. Volgens hem zou er immers sprake zijn van een beperking van

372 Vgl. Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 317, no. VII-8.

373 Flessner, *ZEuP* 2006, p. 739-740.

374 Flessner, *ZEuP* 2006, p. 739.

375 Zie bijv. Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. 360-363, no. VII-82-87, in verband met het vrije verkeer van personen. Zie ook Flessner, *ZEuP* 2006, p. 739.

376 Voor de unificatie van het burgerlijk en handelsrecht als geheel is immers geen grondslag te vinden in de Verdragen. De vergelijking met de in de VS vigerende '*Erie-doctrine*' dringt zich hier op. Ook daarbij overwoog het Amerikaanse Hooggerechtshof dat geen bevoegdheid tot rechtsvorming aan federale rechters kan worden toegekend voor zover het Congres deze zelf ook niet heeft. Zie daarvoor paragraaf 8.2.6.2.

het vrije dienstenverkeer voor juristen die binnen Europa diensten op het gebied van hun eigen recht aanbieden. Dit dienstenverkeer zou worden belemmerd, volgens Flessner althans, omdat deze juristen geen volledige dienstverlening kunnen bieden doordat in hoogste instantie hun kennis over het recht van hun land van oorsprong niet relevant is. Er is immers geen toetsing van de toepassing van buitenlands recht mogelijk. Dit argument lijkt overigens wat vergezocht, omdat de toepassing van buitenlands recht nog wel een rol speelt in lagere instanties. Voorts wordt de 'beperking' van de dienstverlening voornamelijk gevoeld door de rechtsbijstandverleners in de betreffende lidstaat waar de procedure aanhangig is.

338 Afweging: discriminatie?

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat het niet waarschijnlijk is de twee mogelijke wijzen van 'discriminatie' – hetzij als schending van art. 18 VWEU, hetzij als belemmeringen van de vrijheden – invloed kunnen hebben op de uitsluiting van de toetsing van vreemd recht in cassatie of *Revision*. De reden daarvoor is dat de nationale regelingen een neutrale uitwerking hebben, terwijl de discriminatiebepalingen vaak verknocht zijn met een bepaalde persoon of rechtspersoon uit een andere lidstaat die is achtergesteld. Ook kan de het causale verband tussen handelsbelemmering en nationale regeling te indirect zijn.

Flessner gaat daarentegen een stap verder en meent dat het helemaal niet noodzakelijk is dat sprake is van een 'reale, messbare Beeinträchtigung von Unionsbürgern'.[377] Volgens hem volgt uit de aard van het Unierecht al dat intra-Europese rechtsverhoudingen niet slechter of anders behandeld zouden mogen worden dan zuiver interne, om de enkele reden dat ze binnen Europa grensoverschrijdend zijn:[378]

> 'Die Verträge (EU-Verdrag en EG-Verdrag, auteur) enthalten ihrer *Natur* nach notwendig das Verbot, Rechtsverhältnisse, welche die europäischen Binnengrenzen überschreiten, wegen dieser Eigenschaft rechtlich schlechter (oder auch nur anders) zu behandeln als rein inländische Rechtsverhältnisse (cursief van Flessner, auteur).'

Om die reden zou, althans volgens Flessner, een absoluut discriminatieverbod moeten gelden, op grond waarvan elk juridisch nadeel dat is veroorzaakt door het overschrijding van de interne grenzen van de EU, zoals het gebrek aan toetsing van vreemd recht in hoogste instantie, als zodanig al verboden is.[379] Bijzonder is dat Flessner de aard van het Unierecht aangrijpt om daaraan een absoluut discriminatieverbod – dus zonder de mogelijkheid een beroep op een rechtvaardigingsgrond te doen – te ontlenen, op grond waarvan wettelijke regels die de toetsing van buitenlands recht achterstellen bij dat van eigen recht, zoals art. 79 RO, buiten toepassing gelaten kunnen worden, of althans beperkt kunnen worden tot het achterstellen van het recht van derde staten.[380] Deze stelling lijkt niet verdedigbaar.

---

377 Flessner, *ZEuP* 2006, p. 740.

378 Flessner, in: *30 Jahre österreichisches IPR-Gesetz* 2009, p. 44. Een woordelijk bijna identiek citaat kan worden gevonden bij Flessner, *ZEuP* 2006, p. 740.

379 Flessner, *ZEuP* 2006, p. 740.

380 Flessner, *ZEuP* 2006, p. 740-741.

Zij vindt geen steun in het huidige Unierecht, aangezien de daarin opgenomen discriminatieverboden in dit geval geen uitkomst kunnen bieden. De 'aard van het Unierecht' is te onbepaald en verklaart niet waarom rechtvaardigingsgronden zouden ontbreken.

5.3.5.2 Nationaal recht voor EU-gerechten: iura novit curia?

339 Toepassing nationaal recht door EU-gerechten

In dit hoofdstuk is tot nog toe aandacht besteed aan de invloed die het Unierecht kan doen gelden op de processuele behandeling van nationaal recht door nationale rechters van de lidstaten. Een andere vraag is het, hoe de Europese gerechten zelf omgaan met de vaststelling van het nationale recht van een lidstaat wanneer zij daartoe op grond van het (primaire of secundaire) Unierecht gehouden zijn. Aangezien de Europese Unie immers uitgaat van een 'gedecentraliseerd' systeem van rechtsbescherming inzake het Unierecht, en rechters van de lidstaten dus optreden als Unierechter, kan van hun proceshouding een mogelijke reflexwerking uitgaan.

Hoewel deze vraag niet aan de orde is gekomen in de context van het ipr, is dat wel gebeurd in het kader van het merkenrecht in de zaak *Edwin*.[381] In deze zaak ging het om een vordering tot nietigverklaring van een als gemeenschapsmerk gedeponeerde naam, omdat het gebruik verboden kon worden wegens een ouder recht op de naam dat in dit geval door nationaal recht werd beschermd.[382] Volgens een der partijen was het recht op de naam al beschermd door nationaal recht, namelijk de Italiaanse *Codice della Proprietà Industriale*. Na een procedure bij het BHIM,[383] werd door de houder van het Gemeenschapsmerk beroep ingesteld bij het Gerecht, dat het verzoek echter afwees. In de procedure voor het Hof van Justitie werd aangevoerd, dat het Gerecht het nationale recht onjuist had toegepast. Het argument was dat door de verwijzing van het Unierecht naar het nationale recht, zou een schending van nationaal recht tevens een schending van de betreffende (verwijzende) bepaling van Unierecht inhouden.[384]

340 Oordeel Hof van Justitie EU

Het Hof van Justitie EU volgde evenwel een andere benadering. Het Hof van Justitie verwijst daarbij in de eerste plaats naar regel 37 sub b) onder iii) van de betrokken

---

381 HvJ EU 5 juli 2011, zaak C-263/09 P, *Jur.* 2011, p. I-5853, ECLI:EU:C:2011:452 (*Edwin*). Zie over deze zaak, Traest & Vanovermeire, in: *Liber Spei* 2011, p. 437-449.

382 Volgens art. 52 lid 2 van Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk, *Pb EG* 1994 L 11/1.

383 Bureau voor harmonisatie binnen de interne markt (merken, tekeningen en modellen).

384 Zoals door het BHIM is aangevoerd, zie HvJ EU 5 juli 2011, zaak C-263/09 P, *Jur.* 2011, p. I-5853, ECLI:EU:C:2011:452 (*Edwin*), r.o. 42. De partij Fiorucci, verzoeker in eerste aanleg, meende dat een enkele verwijzing naar nationaal recht door het Unierecht nog niet meebracht dat nationaal recht moet worden geacht deel uit te maken van Unierecht.

uitvoeringsverordening[385] om de procedure bij het BHIM uit te leggen. Op grond van die bepaling moet de verzoeker 'nadere gegevens betreffende het recht waarop de vordering tot nietigverklaring rust' en 'adere gegevens waaruit blijkt (…) dat hij krachtens geldend nationaal recht gerechtigd is dat recht in te roepen' aan het BHIM overleggen. Het Hof leest in die bepaling dat de verzoeker ook gegevens moet verstrekken waaruit de inhoud van de betrokken wetgeving blijkt. Het BHIM moet vervolgens het 'gezag en de strekking' van de gegevens beoordelen, die door de verzoeker 'ten bewijze van de inhoud' van het recht zijn overgelegd.[386] Ingeval van een beroep bij het Gerecht, moet het Gerecht een 'volledige wettigheidstoets' toepassen op de wijze waarop het BHIM de gegevens heeft beoordeeld. Wanneer vervolgens het Hof van Justitie wordt aangezocht om een hogere voorziening te geven, is het Hof bevoegd om te beoordelen:[387]

> '(…) ten eerste of het Gerecht op basis van de hem overgelegde documenten en andere stukken de formulering van de betrokken nationale bepalingen, van de nationale rechtspraak of van de werken van de rechtsleer ter zake, niet onjuist heeft voorgesteld, ten tweede of het Gerecht gelet op deze gegevens geen vaststellingen heeft verricht die duidelijk in strijd zijn met de inhoud ervan, en ten slotte of het Gerecht bij het onderzoek van alle gegevens voor de vaststelling van de inhoud van de betrokken nationale wetgeving niet aan één gegeven een belang heeft toegekend dat het niet heeft ten opzichte van de andere gegevens, voor zover dit duidelijk blijkt uit de stukken van het dossier.'

Bij lezing van het arrest lijkt het Hof van Justitie EU het Unierecht niet gelijk te stellen met het nationale recht waarnaar door het Unierecht wordt verwezen. De schending van Unierecht is immers een van de gronden waarop een hogere voorziening gebaseerd kan zijn.[388] De 'toets' die in dit arrest heeft plaatsgevonden, heeft betrekking op de wijze waarop de Europese instanties – BHIM en het Gerecht – de gegevens hebben beoordeeld, die de verzoeker heeft overgelegd om de inhoud van de betrokken nationale wettelijke bepaling aan te tonen. Dit lijkt min of meer op de wijze waarop de Hoge Raad en het Bundesgerichtshof de toepassing van vreemd recht toetsen, namelijk door te kijken of zich een '*error in procedendo*'[389] heeft voorgedaan. De stelling dat het gaat om gegevens "ten bewijze" van de inhoud van vreemd recht lijkt het betrokken nationale recht een 'feitelijk' karakter te verlenen.[390] Bijzonder is het in dit verband dat A-G Kokott van

385 Verordening (EG) nr. 2868/95 van de Commissie van 13 december 1995 ter uitvoering van Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk, *Pb EG* 1995 L 303/1.

386 HvJ EU 5 juli 2011, zaak C-263/09 P, *Jur.* 2011, p. I-5853, ECLI:EU:C:2011:452 (*Edwin*), r.o. 51-52.

387 HvJ EU 5 juli 2011, zaak C-263/09 P, *Jur.* 2011, p. I-5853, ECLI:EU:C:2011:452 (*Edwin*), r.o. 53.

388 Art. 58, eerste alinea, Statuut voor het Hof van Justitie van de Europese Unie: 'Het verzoek aan het Hof van Justitie om hogere voorziening kan alleen rechtsvragen betreffen. Het moet zijn gebaseerd op middelen, ontleend aan onbevoegdheid van het Gerecht, onregelmatigheden in de procedure voor het Gerecht waardoor aan de belangen van de verzoekende partij afbreuk is gedaan, dan wel schending van het recht van de Unie door het Gerecht.'

389 Term ontleend aan Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 155 e.v.

390 Dit wordt ook bevestigd door hetgeen A-G Kokott haar conclusie bij het arrest, ECLI:EU:C:2011:30, punt 55.

mening is dat een dergelijk feitelijk karakter van nationaal recht 'strookt (…) met de klassieke beginselen van het internationaal privaatrecht'.[391] Deze vaststelling valt echter niet te rijmen met bijvoorbeeld het Duitse of het Nederlandse stelsel.

341 Consequenties uitspraak Hof van Justitie EU

Wat betekent het arrest van het Hof van Justitie voor de hier bestudeerde vraag, of het Unierecht de nationale rechter verplicht om uit eigen beweging de inhoud van door Europese conflictregels aangewezen recht toe te passen? Er zijn veel parallellen met het Europese conflictenrecht te zien, aangezien het daarbij ook gaat om een regeling van Unierecht die verwijst naar een nationaal recht, eventueel van een lidstaat. Betekent dit dat, aangezien nationale rechters 'gedecentraliseerde Unierechters' zijn,[392] dat ook nationale rechters geen plicht hebben om uit eigen beweging de inhoud van het nationale recht vast te stellen? Het is in ieder geval een sterk argument om, indien de taakopvatting van EU-rechters als het HvJ EU zou 'afstralen' op de nationale rechter als gedecentraliseerde Unierechters, te concluderen dat in weerwil van het Europese karakter van de conflictregel, er verder geen plicht bestaat om op grond van daarvan die regels, en de daardoor aangewezen rechtsregels, uit eigen beweging vast te stellen en toe te passen.

Dit wordt nog versterkt door een andere omstandigheid. Het nationale recht dat door Verordening (EG) Nr. 40/94 wordt aangewezen, is eerder te beschouwen als een "prealabele vraag" bij de vaststelling van de door die verordening toegekende bevoegdheden om een Gemeenschapsmark te laten vernietigen.[393] Bij het conflictenrecht speelt het nationale recht daarentegen een rol die intrinsieker van aard is, aangezien het ook de 'remedie' toekent die de betrokken partij kan uitoefenen. Daardoor speelt, mede door de afhankelijkheid van het nationale recht ter bepaling van de actie of vordering die de rechtszoekende kan instellen, de problematiek van het effectiviteit van het Unierecht een minder sterke rol dan bij de casus die aan *Edwin* ten grondslag lag.

5.3.5.3 Handvest van de Grondrechten van de EU

342 Art. 47 EU-Handvest Grondrechten

Naast het stelsel van bescherming van fundamentele rechten dat wordt gewaarborgd in het EVRM, kent ook het Unierecht een eigen systeem van fundamentele rechten: het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (hierna: 'Handvest').[394] Dit Handvest, dat is vastgesteld op 7 december 2000, is met de inwer-

391 Conclusie A-G Kokott, ECLI:EU:C:2011:30, punt 56. Zij lijkt daarbij vooral te steunen op de Franse jurisprudentie, ook al geeft ze wel aan dat dit standpunt niet veralgemeniseerd kan worden (voetnoot 40 van haar conclusie).

392 Amtenbrink & Vedder, *Recht van de Europese Unie* 2017, p. no. II-114.

393 Vgl. ook A-G Kokott, ECLI:EU:C:2011:30, punt 55.

394 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, *Pb EG* 2000 L 364/1.

kingtreding van het Verdrag van Lissabon is het op één voet komen te staan met het VEU en het VWEU en heeft het sindsdien dus een bindend karakter.[395]

In het specifieke geval van het recht op een eerlijk proces, beschermt art. 47 Handvest het recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht:

> 'Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden.
>
> Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld.
>
> Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Rechtsbijstand wordt verleend aan diegenen die niet over toereikende financiële middelen beschikken, voorzover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.'

Art. 47 Handvest is weliswaar ontleend aan art. 6 en art. 13 EVRM,[396] maar kent ook een aantal eigenschappen die in de laatstgenoemde bepalingen niet zijn te vinden.[397] Van belang is het gegeven dat voor de uitleg van de in het Handvest opgenomen rechten in beginsel aansluiting wordt gezocht bij de uitleg van de corresponderende rechten in het EVRM. Het is echter wel mogelijk dat het Handvest meer bescherming biedt dan het EVRM.[398] Dit houdt in dat de uitleg van de artikelen 6 en 13 EVRM wordt gevolgd bij de interpretatie van art. 47 Handvest, tenzij de laatste een ruimere bescherming biedt aan de justitiabele dan de eerstgenoemd bepalingen.

343 Toepassing op probleem van buitenlands recht

Bij nadere analyse van deze bepaling valt ten eerste op dat het daarin genoemde recht op een doelmatige voorziening in rechte wordt beschermd voor zover sprake is van door het Unierecht gewaarborgde 'rechten en vrijheden'.[399] Wat betekent dit voor het Europese conflictenrecht? Kan de toepassing van Europese verwijzingsregels kwalificeren als het ontlenen van 'rechten en vrijheden' aan het Unierecht, of betreft het zuiver ordenende rechtsregels, die vooral voor de rechter van belang zijn? Deze vragen zijn reeds behandeld in paragraaf 5.3.4.1. Het lijkt verdedigbaar dat slechts van 'rechten' sprake is, voor zover de partijautonomie in het geding is en partijen dus het toepasselijke recht zelf kunnen bepalen. Voor het overige lijken partijen geen werkelijke 'rechten' of 'vrijheden' aan het Europese conflictenrecht te kunnen ontlenen. Voor zover het daarbij gaat om de toekenning van materiële, subjectieve rechten, worden deze eerder ontleend aan het toepasselijke materiële, nationale rechtstelsel en niet zozeer aan Unierecht. Een andere opvatting zou

395 Art. 6 lid 1 VEU.

396 Zie ook HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2301, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*), r.o. 37.

397 Aldus ook Sanna 2011, p. 164.

398 Art. 52 lid 3 Handvest. Zo ook Sanna 2011, p. 164.

399 Dit is een verschil met art. 6 EVRM, dat ook van toepassing is wanneer 'rechten en verplichtingen' hun oorsprong vinden in nationaal recht en niet in het EVRM zelf. Zie Harris, O'Boyle & Warbrick 2014, p. 389.

namelijk inhouden dat het nationale recht door de Unierechtelijke verwijzing zou worden "geïncorporeerd" in het Unierecht, iets waarvan juist in de zaak *Edwin*[400] is aangenomen dat dit niet het geval is. Dat zou overigens ook tot de vrij vergaande consequentie voeren dat het recht van derde staten op deze manier zou worden "geïncorporeerd" in het Unierecht, wat met het oog op het attributiebeginsel[401] op zijn minst discutabel kan zijn.

5.3.6 Conclusie

344 Conclusie

De conclusie is dat op dit moment het Europese karakter van het conflictenrecht geen bijzondere invloed op de behandeling ervan heeft, noch op de behandeling van het daardoor aangewezen nationale (buitenlandse) recht. Er bestaat, om te beginnen, geen argument om in het huidige conflictenrecht een plicht aan te nemen, op grond waarvan de nationale rechter gehouden is het conflictenrecht ambtshalve toe te passen. Niet alleen blijkt duidelijk uit de wetsgeschiedenis van de Rome II-Verordening dat de Europese wetgever dit niet heeft gewild en verdere actie op dit gebied nog afwacht. Ook de aard van het huidige Europese conflictenrecht blijkt een sterk argument te zijn voor de stelling dat ambtshalve toepassing niet in het unificatieproces is meegenomen en zijn procesrechtelijke kwesties veelal van het materiële toepassingsgebied van de verordeningen uitgesloten.

Dit laatste – de kwalificatie als procesrechtelijke aangelegenheid – lijkt tot de conclusie te nopen dat aan de hand van de leer van het nuttig effect en het beginsel van procesautonomie gekeken moet worden in hoeverre het Europese karakter – alhoewel geen duidelijke plicht tot *ex officio* handelen is aan te nemen – van het conflictenrecht vereist dat niettemin de volle werking ervan gegarandeerd dient te worden op grond van het loyaliteitsbeginsel. Nadat de jurisprudentie op dat gebied is uiteengezet en afgezet tegen de aard van het conflictenrecht, is gebleken dat a) het uiterst kwestieus is of procedurele loyaliteit wel zo ver kan gaan dat deze '*Amtanwendungspflicht*' van de nationale rechter kan worden verwacht en dat b) zelfs wanneer het antwoord op de vorige vraag positief luidt, de uitzonderingen op de procesautonomie in beginsel geen verdergaande rechterlijke activiteit lijken te vergen.

De conclusie luidt dus dat in het huidige Europese ipr geen plicht lijkt te bestaan voor de nationale rechter om ambtshalve het buitenlands recht toe te passen en ambtshalve onderzoek daarnaar te doen.

---

400 HvJ EU 5 juli 2011, zaak C-263/09 P, *Jur.* 2011, p. I-5853, ECLI:EU:C:2011:452 (*Edwin*).
401 Art. 5, leden 1 en 2, VEU.

5.4 Het EVRM en het recht van de Europese Unie: de *Bosphorus*-jurisprudentie

345 EU en EVRM

Wanneer de verenigbaarheid van overheidshandelen met de vereisten van het EVRM in het geding is, zal meestal sprake zijn van de situatie waarin nationale regels worden getoetst aan het EVRM. Soms kan het daarbij echter ook gaan om regels van Unierecht die door de nationale autoriteiten worden toegepast of uitgevoerd. Dit leidt tot het dilemma dat lidstaten van de Unie aan de ene kant op grond van het loyaliteitsbeginsel van art. 4 lid 3 VEU verplicht zijn om uitvoering te geven aan bepalingen van Unierecht, terwijl zij aan de andere kant aansprakelijkheid kunnen riskeren wegens handelen dat strijdig is met de rechten die in het EVRM zijn gewaarborgd. In hoeverre kunnen de verdragsstaten bij het EVRM, die tevens lidstaten van de EU zijn, verantwoordelijk worden gehouden voor de daardoor ontstane schending van mensenrechten?

346 Rechtspraak EHRM

De vraag naar de verhouding van het Unierecht tot het EVRM is in de rechtspraak van het EHRM al een aantal keer aan de orde gekomen. Een korte bespreking hiervan volstaat.[402] Zo ging het in de *Bosphorus*-zaak[403] om de uitvoering van een Europese verordening, welke een implementatie was van de Resolutie van de VN Veiligheidsraad inzake sancties tegen (destijds) Joegoslavië. In dat verband was er beslag gelegd op een vliegtuig van een Joegoslavische maatschappij, dat echter geleaset werd door de Turkse onderneming *Bosphorus*. De vraag kwam op in hoeverre sprake was van een schending van het recht op eigendom.[404]

In de zaak *Michaud*[405] betrof het de plicht van advocaten om in het kader van het tegengaan van witwaspraktijken verdachte transacties ('*suspicious operations*') van hun cliënten te melden op grond van Europese richtlijnen.[406] Er werd geklaagd dat deze meldplicht in strijd was met het recht op privéleven, zoals beschermd in art. 8 EVRM, en de vertrouwelijkheid van de relatie tussen advocaat en cliënt ('*legal professional privilege*').

In de voor het ipr interessante *Povse*-zaak betrof het de erkenning van een buitenlands vonnis in het kader van een kinderontvoeringszaak.[407] De moeder van het kind werd daarbij veroordeeld om het kind vanuit Oostenrijk terug te brengen

402 Anderen hebben deze rechtspraak uitgebreider behandeld, zie, o.a., M.I. Hazelhorst, *Free Movement of Civil Judgments in the EU and the Right to a Fair Trial*, Den Haag: Asser Press 2016.

403 EHRM 30 juni 2005, no. 45036/98, ECHR 2005-VI, ECLI:CE:ECHR:2005:0630JUD004503698, (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Ierland)*.

404 Art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM.

405 EHRM 6 december 2012, no. 12323/11, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (*Michaud/Frankrijk*).

406 Meer in het bijzonder Richtlijn 91/308/EEG, Richtlijn 2001/97/EG en Richtlijn 2005/60/EG.

407 EHRM 15 januari 2015, no. 4097/13, ECLI:CE:ECHR:2015:0115JUD000409713 (*M.A./Oostenrijk*).

naar Italië als het land van herkomst. Zij was echter van mening dat het Italiaanse vonnis haar recht op *family life* in de zin van van art. 8 EVRM schond en stelde dat de Oostenrijkse rechter het vonnis had moeten weigeren wegens strijd met de openbare orde. Recentelijk is in de zaak *Avotiņš*[408] eveneens een voor het internationaal privaatrecht relevante uitspraak gedaan, welke de erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen onder de EEX-Verordening betrof.

De 'test' die door het EHRM in *Bosphorus* is ontworpen, en die in de latere rechtspraak is herhaald, is drieledig.[409] Hij bestaat eruit dat a) de betrokken internationale organisatie fundamentele rechten zowel materieel als formeel beschermd op een gelijkwaardig niveau, b) de staat geen discretie had bij de nakoming van diens verbintenissen die uit het lidmaatschap van de internationale organisatie voortvloeien, en er c) geen manifest gebrek in de bescherming van door het EVRM gewaarborgde rechten in de omstandigheden van het geval. Indien daaraan is voldaan, is een lidstaat niet aansprakelijk voor eventuele schendingen van het EVRM.

347 Relevantie conflictenrecht

Voor de problematiek van het Europese conflictenrecht en het daardoor aangewezen buitenlandse recht brengt dit mee dat een "strikte" toepassing van Europese conflictregels mogelijk in strijd kan komen met bepalingen van het EVRM. Wanneer een gerecht zich verplicht voelt om op basis van bijvoorbeeld Rome I het op de overeenkomst toepasselijke, buitenlandse recht te onderzoeken en toe te passen, kan daarbij het redelijke termijn-vereiste van art. 6 EVRM worden geschonden. Dit betekent dat de uitleg, volgens welke in de unificatie van het conflictenrecht op Europees niveau reeds besloten zou liggen dat de ambtshalve toepassing van die regels is gegeven, meebrengt dat sprake is van een dergelijke "strikte" toepassing van het Unierecht. In het door het Europees Parlement voorgestane amendement op de Rome II-verordening zou dat overigens niet het geval zijn geweest, aangezien in dat voorstel nog een mogelijkheid bestond om de lex fori toe te passen, wanneer het vreemde recht qua inhoud onbekend kan worden geacht. Ingevolge de *Karalyos*-zaak zou de rechter dan van die mogelijkheid gebruik kunnen maken om te voorkomen dat de redelijke termijn wordt overschreden.[410] Wel is het de vraag of dit ook kan worden volgehouden wanneer de lex fori slechts kan worden toegepast met instemming van de procespartijen, maar het lijkt verdedigbaar dat deze omstandigheid daaraan niet afdoet. Een eventuele weigering van partijen om in te stemmen met de toepassing van de lex fori kan worden uitgelegd als een omstandigheid die voor rekening van de partij kan blijven als één van de factoren die een rol spelen bij de afweging of de vertraging ook redelijk in de zin van art. 6 EVRM was.[411]

---

408 EHRM 23 mei 2016, no. 17502/07, ECLI:CE:ECHR:2016 :0523JUD001750207 (*Avoti□š/Letland*).

409 Hazelhorst, *Free Movement of Civil Judgments* 2016, p. 185.

410 EHRM 6 april 2004, no. 75116/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD007511601 (*Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland*), r.o. 35.

411 Zie paragraaf 5.2.3.

5.5 Conclusie

348 Relatief veel beoordelingsvrijheid

In algemene zin kan worden geconcludeerd dat er op Europees niveau, ongeacht of dit het EVRM of het EU-recht betreft, momenteel niet al te veel vereisten gesteld lijken te worden aan de wijze waarop in nationale rechtsstelsel wordt omgegaan met de toepassing van conflicten- en buitenlands recht in de civiele procedure. Afgezien van een paar specifieke vereisten die voor deze problematiek gelden, zoals het recht op berechting binnen een redelijke termijn ex art. 6 lid 1 EVRM of de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit onder het Unierecht, lijken de lidstaten c.q. verdragsluitende staten een relatief grote vrijheid te hebben om dit probleem naar eigen inzicht te regelen. Mogelijk wordt dit veroorzaakt door het indirecte karakter van het conflictenrecht, dat zelf immers geen materiële regels geeft.

6. RECHTSVERGELIJKENDE SYNTHESE

349 Plan van behandeling

In de voorgaande hoofdstukken zijn het Nederlandse, het Engelse en het Duitse rechtsstelsel behandeld, en is daarnaast gekeken naar de vereisten die het recht van de Europese Unie en het EVRM aan de toepassing van conflicten- en buitenlands recht stellen. In dit hoofdstuk zullen de overeenkomsten en verschillen tussen deze rechtsstelsels worden vastgesteld. Eerst zal een comparatieve synthese plaatsvinden (paragraaf 6.1.). Daarna zal een verklaring worden gegeven voor de vastgestelde overeenkomsten en verschillen tussen deze rechtsstelsels (paragraaf 6.2.). Voorts zullen de rechtsvergelijkende resultaten worden gewaardeerd (paragraaf 6.3.). Tot slot zullen enkele tussentijdse conclusies worden getrokken (paragraaf 6.4.).

6.1 Overeenkomsten en verschillen: synthese

Bij de bespreking van de overeenkomsten en verschillen tussen het Nederlandse, Duitse en Engelse rechtsstelsel zal op hoofdlijnen dezelfde structuur worden gevolgd als in de betreffende beschrijvende hoofdstukken. Dat betekent dat eerst de positie van het eigen recht en de procesrechtelijke achtergrond zullen worden behandeld, daarna de processuele status van verwijzingsregels en van buitenlands recht, daarna de complicaties die daarbij een rol kunnen spelen en tot slot de positie van het toepasselijke (vreemde) recht in non-contentieuze en arbitrale aangelegenheden.

6.1.1 De toepassing van het eigen recht en de aard van het procesrecht

6.1.1.1 De aard van de procedure en de beginselen van procesrecht: verhouding rechter/partijen

350 Algemeen: grote mate van dispositievrijheid

De selecteerde rechtsstelsels kennen in meer of mindere mate aan partijen de vrijheid toe om het proces naar eigen inzicht in te richten. De wijze waarop dat gebeurt verschilt echter per stelsel. Zo kent het Engelse procesrecht het zogenaamde ‘adversarial principle’, waarop weliswaar wat uitzonderingen zijn gemaakt door de

Woolf reforms, maar in wezen nog niet is aangetast. Dit beginsel leidt tot een passieve houding van de rechter in het beoordelen van geschillen en tot een sterke invloed van partijen. Het Nederlandse en Duitse procesrecht hebben een meer gematigd karakter.[1] Er bestaat een grote mate van dispositievrijheid, die overigens wordt begrensd door belangen van publieke aard. Het verschil tussen het Nederlandse en het Duitse systeem is dat, hoewel er qua resultaat een zekere mate van overeenstemming is, de insteek anders is. In het Duitse stelsels wordt uitgegaan van onderscheiden 'Maximen' die naast elkaar bestaan (*Verhandlungsmaxime* versus *Untersuchungsmaxime*), welke zijn verbonden met verschillende wetboeken van procesrecht (ZPO en FamFG). In het Nederlandse recht is de verhouding eerder een van hoofdregel en uitzondering; in beginsel is er partijdispositie, tenzij sprake is van recht van openbare orde in processuele zin. Dit wordt mogelijk ook verklaard door het feit dat het Duitse recht twee wetboeken voor procesrecht kent (het ZPO en het FamFG), terwijl dit in Nederland in één wetboek is geregeld. Opmerkelijk is dat het Duitse proces ook adagia kent voor de vraag, of partijen over de vordering of het verzoek (en dus niet zozeer de rechtsstrijd) kunnen beschikken (*Offizialmaxime* versus *Dispositionsmaxime*). Dit onderscheid lijkt in Nederland en in Engeland en Wales niet te worden gemaakt.

6.1.1.2 De behandeling van het eigen recht

351 Overeenkomsten

Een groot verschil tussen enerzijds het Engelse recht en anderszijds het Nederlandse en Duitse recht is dat het principe van *iura novit curia* in het eerste stelsel geen deel van het procesrecht uitmaakt, althans niet *de iure*.[2] Qua rechtsinstituut bestaat er in zoverre een verschil tussen beide categorieën stelsels. Dit neemt evenwel niet weg dat er functioneel gezien wel overeenkomsten tussen beide bestaan. Ook de Engelse rechter heeft kennis van het eigen rechtsstelsel en kan deze kennis ook gebruiken wanneer de situatie zich voordoet, terwijl de partijen in Duitse en Nederlandse procedures er bij gebaat zijn om een actieve houding aan te nemen.

Zo is het in elk van de hier onderzochte stelsels toegestaan dat een partij in haar stellingen – hetzij in het inleidende processtuk of de aanvulling daarop[3] – haar zienswijze op het recht opneemt. In het Engelse recht kent de CPR aan partijen het recht, maar niet de plicht, toe om te verwijzen naar 'any point of law',[4] hetgeen een verschil is met de voorganger van de CPR, de RSC, waarin dat nog wel werd vereist.

---

1 Zie ook Zweigert & Kötz, *Introduction* 1998, p. 273-274.

2 Zie Mann, *L.Q.R.* 1977, p. 369, hetgeen miskend lijkt te worden door Ancery (zie Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 74.)

3 Zoals de *particulars of claim* in het Engelse burgerlijk proces, die weliswaar kunnen maar niet hoeven te worden opgenomen in de *claim form*. De Nederlandse 'conclusie van eis' is met de inwerkingtreding van het nieuwe Rv afgeschaft; wel bestaat zij nog in hoger beroep ('memorie van grieven').

4 Zie Practice Direction 6 – Statements of Case, CPR, Para. 13.3, aanhef, en onder 1. Dit is het verschil met Rules of the SCR, Order 18 (Pleadings), Rule 11, dat tot 25 april 1999 luidde: 'A party may by his pleading raise any point of law'.

Engelse rechters lijken, althans zoals blijkt uit de jurisprudentie die ziet op de periode voorafgaand aan de CPR 1998, terughoudend te zijn met het toepassen van het recht buiten '*counsel argument*' om. In hoeverre daarin door de CPR verandering is gebracht, is niet duidelijk. Wanneer de gedaagde een stelling van de eiser op dat vlak niet weerspreekt, is er echter geen sprake van een 'admission' in de zin van CPR r. 16.5(5).[5]

352 Verschillen

Ook in het Duitse en Nederlandse stelsel geldt de regel dat partijen in beginsel geen stellingen over het recht behoeven op te nemen in hun stukken en dat dergelijke stellingen, indien gedaan, niet als onweersproken aangenomen moeten worden. Dit vloeit echter voort uit de algemene regel dat de rechter het recht toepast (*iura novit curia* of *da mihi facta, dabo tibi ius*), een beginsel dat in beide rechtsstelsels is verankerd. Een verschil bestaat hierin, dat dit beginsel in het Nederlandse recht uitdrukkelijk is gecodificeerd in art. 25 Rv,[6] terwijl het Duitse recht geen uitdrukkelijke bepaling dienaangaande kent en dit in § 293 ZPO wordt 'ingelezen'.[7] Er kan wel een verschil worden gevonden in de omstandigheid dat naar Nederlands procesrecht de partijen, hoewel dit zeldzaam zal zijn, de rechter kunnen 'binden' door aan te geven dat zij hun vordering of verweer beoordeeld willen zien volgens een specifieke rechtsgrond.[8] De mate van dispositievrijheid lijkt daar dus groter te zijn dan in het Duitse stelsel. Verder kent het Nederlandse recht ook nog bepaalde rechtsgronden, zoals verjaring, die alleen partijen kunnen inroepen ('rechtsmiddelen').

6.1.2 De toepasselijkheid en de toepassing van het vreemde recht

In het voorgaande werden de meer algemene trekken van het burgerlijk procesrecht, diens belangrijkste beginselen en de toepassing van het eigen recht behandeld. Een andere vraag is het, welke overeenkomsten en verschillen er zijn bij de toepassing van vreemd recht.

6.1.2.1 De taakverdeling tussen rechter en partijen

353 Zekere mate van disponibiliteit en initiële taakverdeling

Eerst zal worden gekeken naar de taakverdeling tussen rechter en partijen bij de toepasselijkheid en toepassing van buitenlands recht, zoals deze in de uitgekozen rechtsstelsels is geregeld. Daarbij valt op dat er tussen de drie stelsels weliswaar principiële verschillen lijken te bestaan, maar dat er de facto ook veel gelijkenissen kunnen worden gevonden.

---

5 *Loveridge v. Healey* [2004] C.P. Rep. 30, para. 28-29 (Buxton J.).
6 Voorheen art. 48 Rv (oud).
7 Zie paragraaf 3.3.1.
8 Zie HR 29 april 2004, *JBPr* 2004, 15 m.nt. Teuben.

Om te beginnen komt uit de analyse van de verschillende rechtsstelsels duidelijk naar voren dat, ongeacht aan welke procesdeelnemer(s) de verantwoordelijkheid voor de uiteindelijke vaststelling en toepassing van vreemd recht ook wordt opgedragen, er steeds mogelijkheden zijn om deze verantwoordelijkheid te ontlopen. Alle drie de geselecteerde rechtsstelsels kennen dus een zekere mate van 'disponibiliteit' inzake het toepasselijke recht. De manier waarop deze disponibiliteit tot uitdrukking komt kan echter verschillen; het 'effect' is steeds dat aan de partijen een mate van beschikkingsvrijheid over de toepasselijkheid en toepassing van vreemd recht toekomt.

Een duidelijk onderscheid doet zich voor bij de initiële taakverdeling op dit vlak. In het Engelse recht ligt het initiatief bij partijen: zij hebben de taak het vreemde recht in hun *pleadings* op te nemen en dit te bewijzen. In Nederland en Duitsland ligt deze taak bij de rechter, die zowel de conflictregel en het daardoor aangewezen recht ambtshalve heeft toe te passen, ongeacht een beroep van partijen op een dergelijk recht. Hier doet zich direct al een opmerkelijk verschil voor. Terwijl de nadruk in het Engelse recht wordt gelegd op het vreemde recht, ligt het zwaartepunt in Nederland en Duitsland voornamelijk bij de conflictregel. Dit laat zich gemakkelijk verklaren door de processuele status van het vreemde recht: in Engeland wordt de 'fact doctrine' aangehangen en is het de vraag of een partij kan aantonen waarin het vreemde recht van het eigen recht verschilt. In Duitsland en Nederland wordt daarentegen aangenomen dat vreemd recht aan het eigen recht gelijk staat, zodat de nadruk meer ligt op de neutrale conflictregel die het toepasselijke recht – vreemd of eigen – zal aanwijzen. Met andere woorden, in Engeland deelt de conflictregel het processuele lot van het buitenlandse recht en wordt daarin 'geabsorbeerd'; indien er geen beroep op vreemd recht wordt gedaan, dan vindt er ook geen toepassing van de conflictregel plaats. In Nederland en Duitsland daarentegen deelt het vreemde recht als het ware hetzelfde processuele lot als de verwijzingsregel, aangezien de ambtshalve toepassing van de conflictregel alleen dan zinvol wordt geacht, wanneer ook het aangewezen recht op dezelfde voet ambtshalve wordt toegepast.[9]

354 Vormen van disponibiliteit

Er bestaan aldus gelijkenissen in de verdeling van de taken tussen de partijen en de rechter, de verantwoordelijkheidstoedeling.[10] Desondanks kennen de geselecteerde rechtstelsels wel verschillende manieren om zich aan de toepassing van vreemd recht te onttrekken. In Engeland gelden deze mogelijkheden in principe alleen voor de partijen, terwijl in Nederland en Duitsland zowel de rechter als partijen hiervan gebruik kunnen maken, zij het in verschillende mate.[11]

---

9 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 30.

10 Trautmann spreekt van een 'Allokation der Ermittlungslasten', zie Traumann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 167-174, 190-196, 213-221,245-251, 374-382, 425-435. Deze term lijkt mij te veel gericht op de onderzoeksfase. Dit past weliswaar in de Duitse opvatting, die zich sterk rondom het begrip 'Ermittlung' concentreert. Beter kan de focus op het eindresultaat, namelijk de toepassing van vreemd recht, worden gelegd. In theorie kan het buitenlandse recht immers bij de rechter bekend zijn; het gaat er om de vraag of hij daarvoor de verantwoordelijkheid draagt.

11 Zie ook Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 190 en 192-194.

Het Engelse procesrecht is in dit opzicht het eenvoudigst. Als partijen immers vreemd recht als een feit moeten stellen en bewijzen, kunnen zij de strategische keuze maken om simpelweg geen beroep op vreemd recht te doen. Weliswaar hebben sommige auteurs bepleit dat soms *mandatory pleading* vereist is.[12] De rechtspraak gaat daar soms in mee, indien de toepasselijkheid van vreemd recht inherent met het (materiële) feitencomplex is verbonden.[13] Ook is het mogelijk dat, indien partijen wel een beroep op een buitenlands rechtsstelsel gedaan hebben, zij het vervolgens niet bewijzen, zodat de *presumption of similarity* wordt toegepast. In beginsel staat het partijen vrij dit te doen; de grens ligt bij een '*abuse of process*'.

In Nederland en Duitsland is deze situatie anders, omdat zowel de rechter als partijen de toepasselijkheid van vreemd recht kunnen vermijden. Dit komt door de omstandigheid dat weliswaar de rechter verantwoordelijk is voor de toepassing van dat recht, maar het uiteindelijk wel de partijen zijn die de procedure in beginsel beheersen en van wie de rechter dan ook (deels) afhankelijk is voor zijn informatievoorziening. Het verschil met het Engelse recht is wel dat er minder mogelijkheden zijn om aan de toepasselijkheid van het buitenlandse recht te ontkomen. Zo kan de Nederlandse of Duitse rechter een stilzwijgende processuele rechtskeuze voor de lex fori aannemen, of de partijen vragen om een dergelijke rechtskeuze uitdrukkelijk uit te brengen. Ook kan de rechter – al dan niet voorshands – tot het oordeel komen dat het vreemde en het eigen recht tot dezelfde materiële resultaten leiden en zo de rechtsaanwijzing open kan laten (de toepassing van de antikiesregel of het '*Offenlassen der Rechtswahl*'). Voorts kan de rechter, zeker wanneer er indicatoren zijn die daarop wijzen, besluiten dat er een nauwere band met de forumstaat aanwezig is en dus een – algemene of bijzondere – exceptieclausule toepassen. Daarnaast kan de rechter (sneller) besluiten dat vreemd recht niet kenbaar is en zo de lex fori als surrogaatrecht toepassen, of overgaan tot het – vanuit zowel Nederlands als Duits perspectief – ontoelaatbare vermoeden dat vreemd recht wel dezelfde inhoud als Nederlands dan wel Duits recht zal hebben. Deze laatste drie technieken zijn overigens van dubieuze aard, omdat zij duiden op een zeker *Heimwärtsstreben*.

Partijen hebben in het Nederlandse en Duitse burgerlijk procesrecht niet de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van het toepasselijke recht. Hoewel partijen daar niet zozeer de toepasselijkheid van vreemd recht kunnen ecarteren door simpelweg geen beroep op vreemd recht te doen wanneer het feitencomplex daar wel op wijst, kunnen zij wel via andere wegen bewerkstelligen dat de rechter niet toekomt aan zijn plicht om het vreemde recht ambtshalve vast te stellen. Dit komt omdat ze de heerschappij over de feiten hebben en de omvang van het geding kunnen bepalen, en voorts omdat de rechter bij zijn ambtshalve uit te oefenen taken vaak afhankelijk is van informatie waarover partijen de beschikking hebben. Zo kunnen zij een uitdrukkelijke processuele rechtskeuze dan wel '*konkludente Rechtswahl*' uitbrengen voor het recht van het forum. Voorts kunnen zij invloed uitoefenen op de feiten die van belang zijn voor de rechtsaanwijzing door deze feiten buiten de rechtsstrijd te plaatsen ('*Außerstreitstellung*'), deze niet te weerspreken (bijvoorbeeld wanneer de wederpartij stelt dat het betreffende aanknopingspunt zich in de

12 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 80 e.v.

13 Zie paragraaf 4.3.1.

forumstaat bevindt), of deze te stellen wanneer deze, gezien het verstek van de wederpartij, toch niet weersproken zullen worden. Aangenomen wordt wel dat partijen geen beschikkingsmacht over de conflictregel zelf hebben, door het toepasselijke recht in weerwil van de vaststaande feiten (uitdrukkelijk) buiten de rechtsstrijd te plaatsen.

Wel lijkt het Duitse recht op dit punt strenger dan het Nederlandse. Zo kan een processuele rechtskeuze – al dan niet stilzwijgend – alleen worden uitgebracht ingeval een rechtskeuze is toegestaan, terwijl in het Nederlandse recht een wat verdergaande vorm van partij-invloed mogelijk is.[14] De doctrine stelt ook nog eens de eis dat moet zijn voldaan aan de vereisten van wilsovereenstemming, al lijkt de rechtspraak daar flexibel mee om te gaan. Voorts is het 'Offenlassen der Rechtswahl' problematisch wanneer het gaat om de overeenstemming van vreemd met eigen recht, omdat in *Revision* alleen toetsing van eigen recht kan plaats vinden, niet van vreemd recht. Ook kent het Duitse recht, in tegenstelling tot het Nederlandse recht, een duidelijker criterium om de niet-vaststelbaarheid van buitenlands recht te kunnen bepalen en is dit criterium ook vrij streng. De zogeheten 'Außerstreitstellung' van conflictenrechtelijk relevante feiten is naar Duits recht alleen mogelijk voor zover de *Verhandlungsgrundsatz* van toepassing is; in geval de *Untersuchungsgrundsatz* de procedure beheerst, moet de rechter de relevante feite hoe dan ook ambtshalve vaststellen. In het Nederlandse procesrecht wordt een dergelijk onderscheid gemaakt en zal eerder aangehaakt moeten worden bij de vagere notie van de 'openbare orde' in processuele zin.[15]

355 Glijdende schaal; overige vormen van partij-invloed

Concluderend kan een zekere 'glijdende schaal'[16] worden vastgesteld, met enerzijds het Engelse recht, dat aan partijen een praktisch onbegrensde dispositievrijheid toekent, en anderzijds Duits recht, dat binnen bepaalde grenzen aan partijen de beschikkingsmacht over het toepasselijke recht geeft. Het Nederlandse recht bevindt zich daar ergens tussenin, al kan daar de kanttekening bij worden geplaatst dat doctrine en de rechtspraak op dit punt lijken te verschillen. De laatste lijkt aan procespartijen meer dispositievrijheid toe te kennen dan de eerste.

Naast het verschil in allocatie van de verantwoordelijkheid voor het toepasselijke recht *in civilibus* en de mate waarin de stelsels een zekere overeenkomst vertonen, zijn er ook nog andere manieren die maken dat partijen zich aan de effecten van een toepasselijk recht kunnen 'onttrekken'. Deze zijn meer algemeen van aard en zijn

14 Zoals de mogelijkheid de rechtsstrijd in appel of cassatie te beperken. Voor de procedure in eerste aanleg wordt dit evenwel niet mogelijk geacht. Zie paragraaf 2.3.2.3.

15 De Boer, in: *Offerhauskring vijfentwintig jaar* 1987, p. 30, meent dat de openbare orde, in de zin van rechten waarover partijen niet vrij kunnen beschikken, niet geschikt is voor conflictenrechtelijke relevante feiten. Ook Mostermans meent dat conflictregels niet van openbare orde in processuele zin zijn, zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 95 e.v.

16 Zie ook Hartley's 'continuum', zie Hartley, *ICLQ* 1996, p. 291.

eigen aan elk van de hier onderzochte stelsels. Daarbij kan worden gedacht aan de mogelijkheid om de procedure te beëindigen[17] of te doen eindigen[18] en een schikking te treffen, al dan niet na de poging om het via mediation op te lossen, of aan de toepassing van alternatieve geschillenbeslechtingsmechanismen, zoals arbitrage en aanverwante mechanismen (bindend advies).[19] Arbitrage en verwante geschillenbeslechtingsmechanismen als bindend advies kunnen met name in Nederland en Duitsland meebrengen dat de plicht van de rechter om ambtshalve vreemd recht toe te passen wordt 'ondermijnd'. Er bestaat immers, zoals verderop nog zal blijken, in arbitrage praktisch geen rechterlijke toetsing van de toepassing van het materiële recht door arbiters. Voorts kunnen zaken van dwingend recht aan arbitrage worden onderworpen. In bindend advies is de toetsing zo mogelijk nog beperkter. Wel is er onder invloed van Europese instrumenten inzake consumenten-ADR, die in Nederland althans zijn geïmplementeerd door middel van bindend advies, een rol weggelegd voor dwingende bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.[20] Daardoor zal de bindend adviseur in voorkomend geval bij zijn beslissing rekening moeten houden met dwingende bepalingen van vreemd consumentenrecht.

De conclusie lijkt dus te zijn dat de ambtshalve toepassing geen *condicio sine qua non* is voor de uiteindelijke toepassing van het recht. Zowel de procederende partijen als de rechters in dergelijke jurisdicties kunnen de ambtshalve toepassing van vreemd recht tot op zekere hoogte ontlopen. Zo kunnen zij het Engelse systeem, dat uitgaat van een in beginsel onbegrensde dispositievrijheid, tenminste voor een deel benaderen.

---

17 Het niet doen inschrijven van de dagvaarding of – mits de gedaagde nog niet voor antwoord heeft geconcludeerd – het intrekken van de dagvaarding.

18 Bijvoorbeeld door geen proceshandeling te verrichten en verval van instantie af wachten. Ook kan men eisvermindering tot nihilstelling vorderen.

19 Ook al is bindend advies juridisch gezien een vaststellingsovereenkomst, zie art. 7:900 e.v. BW.

20 Zie de richtlijn inzake consumenten-ADR (CADR-richtlijn), welke in art. 11 voorschrijft dat lidstaten ervoor zorgen dat in ADR-procedures die erop gericht zijn om het geschil te beslechten door aan de consument een oplossing op te leggen, de opgelegde oplossing er niet toe leidt dat de consument zijn bescherming verliest van bepalingen waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken. In art. 11 sub b en c van deze richtlijn wordt de situatie voorzien waarin sprake is van een 'collisie' van rechtsstelsels, ofschoon de bewoordingen spreken van het geval 'wanneer er geen collisie is'. Een vergelijking met andere taalversies laat zien dat hier sprake is van een vertaalfout (zoals 'en cas de conflit', 'in a situation involving a conflict of laws', 'sofern eine Rechtskollision vorliegt'). Art. 11 sub b CADR-richtlijn ziet op de situatie waarin Rome I van toepassing is, terwijl art. 11 sub c CADR-richtlijn de situatie behandeld waarin het EVO van toepassing is. Waar deze richtlijn alleen geldt voor vorderingen die door de consument worden ingesteld, kunnen onder invloed van de zogenaamde ODR-verordening (Verordening (EU) Nr. 524/2013 van het Europees Parlement en de Raad betreffende onlinebeslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) nr. 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG (Verordening ODR consumenten)) ook vorderingen tegen de consument worden ingesteld met gebruikmaking van bindend advies. Zie daarvoor 2 lid 2 ODR-verordening.

6.1.2.2 Vaststelling van de inhoud van vreemd recht: middelen, kosten, kenbaarheid, interpretatie

356 Formele benadering versus flexibiliteit

Zoals in de vorige paragraaf omschreven is, bestaat er tussen de geselecteerde stelsels een principieel verschil voor wat betreft de initiële allocatie van verantwoordelijkheid voor het toepasselijke recht. Dit verschil heeft ook zijn weerslag op het onderzoek naar de inhoud van vreemd recht. Maar ook in dat verband blijkt dat hoewel deze stelsels in beginsel volledig aan elkaar tegengesteld lijken te zijn, er qua effect ook overeenkomsten aangewezen kunnen worden.

Het Nederlandse en het Duitse recht laten de rechter grotendeels vrij in het kiezen van de modaliteiten om de inhoud van het vreemde recht op te sporen. Dit laat zich waarschijnlijk verklaren door de omstandigheid dat in die twee stelsels de primaire verantwoordelijkheid voor de rechtstoepassing door de rechter wordt gedragen, ook wanneer het vreemd recht betreft. Om aan die verantwoordelijkheid te voldoen, dient hij dan ook in staat te zijn om alle beschikbare middelen te mogen hanteren. Dit is anders in het Engelse burgerlijk proces, waar deze verantwoordelijkheid aan partijen is overgelaten door het buitenlands recht aan de feiten gelijk te stellen. Daardoor is de vaststelling van de inhoud van vreemd recht ook onderworpen aan bewijsvoorschriften met een formeler karakter.

Nederlandse en Duitse rechters hebben, zoals gezegd, een in beginsel onbeperkt arsenaal aan '*Ermittlungsweisen*' tot hun beschikking. Zo kan de rechter in de eerste plaats zelfstandig onderzoek naar het buitenlandse recht doen door het raadplegen van relevante literatuur, wetteksten, jurisprudentie, enzovoorts. Daarnaast – en dit is ook typerend voor de Nederlandse en Duitse situatie – bestaan er gespecialiseerde instituten, al dan niet academisch van aard, die de rechter van een advies over buitenlands recht kunnen voorzien. Voorts zijn beide staten aangesloten bij de Europese Overeenomst van 1968 en hebben beide staten dit ook geratificeerd. Dit is het grote verschil met het Verenigd Koninkrijk, dat het Verdrag weliswaar heeft geratificeerd, maar niet heeft omgezet in wetgeving.[21] Voorts is het mogelijk dat rechters ambtshalve of op verzoek van partijen een deskundige benoemen. In Duitsland bestaat daarvoor zelfs een zekere voorkeur, aangezien in hogere instantie getoetst kan worden of de rechter wel alle mogelijke middelen heeft gebruik om de betekenis van vreemd recht op te sporen.

357 Bewijs; deskundigen

In zowel het Duitse als het Nederlandse rechtsstelsel is een zuivere bewijsopdracht aan partijen niet toegestaan, omdat buitenlands recht als 'recht' en niet als 'feit' moet worden gezien. Opmerking verdient dat het Duitse procesrecht een onderscheid

21 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 240. Het Verdrag is geratificeerd op 16 september 1969 en voor het Verenigd Koninkrijk in werking getreden op 17 december 1969. Omdat het niet is omgezet in wetgeving, maakt het gezien het in het VK vigerende dualisme geen deel uit van Engels recht en behoeft de Engelse rechter er geen *judicial notice* van te nemen.

maakt tussen *Freibeweis* en *Strengbeweis*. Zowel *Strengbeweis* als *Freibeweis* kunnen worden toegepast om achter de inhoud van het toepasselijke recht te komen. In de context van vreemd recht betekent *Strengbeweis* hier de benoeming van een deskundige ('*Sachverständige*'). Een en ander belet overigens niet dat partijen zelf inlichtingen over buitenlands recht in het proces inbrengen, bijvoorbeeld door middel van een *legal opinion* of *Privatgutachten* van een buitenlandse jurist.

In het Engelse recht komt in beginsel alleen door partijen aangebracht deskundigenbewijs in aanmerking om de inhoud van het vreemde recht te bewijzen. De '*single joint expert*', die door de rechter op gezamenlijk verzoek van partijen wordt benoemd en sinds de *Woolf reforms* als de primaire vorm van deskundigenbewijs wordt gezien, wordt in beginsel niet gebruikt voor het bewijs van vreemd recht. De ratio daarvan is dat zo de discursieve aard van het juridisch debat wordt bewaard.[22] Dit is een verschil met het Nederlandse en het Duitse recht, volgens welke deskundigen, voor zover zij worden aangesteld, vooral door de rechter worden benoemd. Daar speelt niet zozeer het 'discursieve karakter' van het probleem rol, maar eerder het gebrek aan kennis van de rechter op een terrein – namelijk het recht – dat normaliter tot zijn eigen deskundigheid wordt gerekend.

De geselecteerde rechtsstelsels verschillen over de vraag of de deskundige verplicht is om aan een opdracht tot expertise gehoor te geven. In Duitsland bestaat er een plicht voor bepaalde deskundigen, vaak met een publieke aanstelling, om daaraan te voldoen. Voor overige deskundigen geldt dat zij slechts verplicht zijn om hun deskundigenbericht op te stellen, wanneer zij zichzelf daartoe bereid hebben verklaard. In het Nederlandse recht is het daarentegen mogelijk voor de deskundigen om een opdracht te weigeren. Het Engelse recht blijft sterk geconcentreerd op het door partijen aangebracht deskundigenbewijs ('party instruction'); ook de 'single joint expert' wordt in beginsel door partijen gezamenlijk aan de rechter voorgedragen.[23]

358 Rechtbijstand en kosten

Uit de analyse van de betrokken rechtsstelsels komt het beeld naar voren dat niet ruimhartig wordt omgegaan met het verlenen van rechtsbijstand wanneer het gaat om de compensatie van kosten die zijn gemaakt om de inhoud van vreemd recht vast te stellen. In Engeland en Wales worden de kosten van het verkrijgen van informatie niet vergoed, behoudens enkele uitzonderingen. In Nederland wordt uitsluitend rechtsbijstand verleend 'ter zake van in de Nederlandse rechtssfeer liggende rechtsbelangen',[24] ook al geeft art. 23e e.v. van de Wet op de Rechtsbijstand een regeling voor gevallen waarin sprake is van grensoverschrijdende geschillen binnen de EU.

---

22 Vgl. Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 243.

23 CPR r. 35.7.

24 Art. 12 Wet op de Rechtsbijstand. Zowel natuurlijke als rechtspersonen kunnen daarvoor in aanmerking komen.

359 Onkenbaarheid

In het geval dat buitenlands recht niet kan worden vastgesteld of, zoals in Engeland en Wales het geval is, niet wordt bewezen, lijkt het resultaat in de drie onderzochte rechtsstelsels vaak hetzelfde te zijn: toepassing van het eigen recht. Het verschil zit in de vraag, of daarop een uitzondering bestaat en ook andere alternatieven voor toepassing in aanmerking komen. Een ander verschil is wat de reden is voor het toepassen van het eigen recht – is dat een verlegenheidsoplossing of wordt een vermoeden van gelijkluidendheid gehanteerd? – en wat de maatstaf is aan de hand waarvan wordt geconstateerd of het buitenlandse recht is vast te stellen of niet.

Ten aanzien van de te hanteren maatstaf valt er in de onderzochte stelsels in theorie een verschil en in de praktijk een overeenkomst te zien. Het Engelse systeem gebruikt het begrip 'vaststelbaarheid' of 'kenbaarheid' niet, maar spreekt van '*lack of proof*'. Dit hangt samen met de 'formele' benadering van buitenlands recht die het Engelse recht hanteert. Immers, men bewijst vreemd recht of men bewijst het niet; of de oorzaak voor het gebrek aan bewijs is ingegeven door onwil of onmacht is daarbij niet relevant. 'Vaststelbaarheid' of 'kenbaarheid' is daarentegen een typisch begrip van rechtsstelsels die ervan uit gaan dat de rechter de taak heeft uit eigen beweging het buitenlandse recht te onderzoeken, maar welke taak vervolgens onmogelijk wordt geacht. Vanwege de plicht die daarbij op de rechter wordt gelegd, moet een falen van diens zijde worden gemotiveerd in het vonnis en dus worden verklaard door een oorzaak (de onmacht het buitenlandse recht op afdoende wijze vast te stellen). Dat heeft ook zijn weerslag op de te hanteren maatstaf. In het Engelse recht moet het vreemde recht 'to the satisfaction of the court' worden bewezen, terwijl de Duitse rechter alle mogelijke manieren hanteren om de inhoud van dat recht vast te stellen.

Indien de conclusie is dat niet bekend is hoe het vreemde recht luidt, lijkt in elk van de geselecteerde rechtsstelsels de toepassing van het eigen recht de meest aangewezen oplossing te zijn. Dit wil niet zeggen dat de lex fori als zodanig als 'surrogaatrecht' wordt beschouwd. Het Engelse systeem gaat immers uit van de idee dat vreemd recht moet worden bewezen, en soms zelfs dat moet worden bewezen waarin vreemd recht van Engels recht verschilt. De facto komt dat op hetzelfde neer: bij een gebrek aan bewijs van de inhoud van vreemd recht wordt dit recht vermoed gelijkluidend te zijn aan Engels recht. Vreemd recht is nog steeds van toepassing; slechts diens inhoud wordt verondersteld gelijk te zijn met die van Engels recht. In theorie wordt dus geen Engels recht toegepast, zoals een zuivere lex fori-benadering zou meebrengen. De gevolgen hiervan zijn dat de *presumption* soms niet wordt toegepast, wanneer dit tot ongewenste gevolgen zou leiden of in strijd zou zijn met het formele toepassingsgebied van bepaalde *statutes*. Hoewel anders in opzet, lijkt het Duitse recht tot dezelfde resultaten te leiden. Weliswaar wordt in het Duitse recht de lex fori als 'standaardoplossing' beschouwd, maar daarop bestaan uitzonderingen als de toepassing van de lex fori 'uiterst onbevredigend' zou zijn. In de Nederlandse rechtsleer vigeren verschillende oplossingen voor het probleem van inhoudelijke onkenbaarheid, tussen welke alternatieven geen duidelijke keuze is gemaakt door de wetgever of in de rechtspraak. In de literatuur wordt aangenomen dat de toepassing van de lex fori wel de voorkeur verdient. Het verschil met het

Duitse en Engelse stelsel is dat er geen duidelijke uitzonderingen op de toepassing van de lex fori of enig ander surrogaatrecht zijn geformuleerd die zijn geënt op de onwenselijkheid van het resultaat daarvan.[25]

6.1.2.3 Hogere instanties en het vreemde recht

360 Hogere instantie

In hogere instanties wordt buitenlands recht anders behandeld. Opmerkelijk is daarbij dat Engelse rechters in hun beoordeling van de toepassing van buitenlands recht juist tegemoet komen aan de juridische aard van vreemd recht, door te oordelen dat het een '*fact of a peculiar kind*'[26] is en de appelrechter gemakkelijker dan bij andere feiten dergelijke '*findings of fact*' kan beoordelen. Dit lijkt een verschil te zijn met het Nederlandse stelsel waar, ondanks het gegeven dat vreemd recht op één lijn gesteld lijkt te worden met het eigen recht, in hoger beroep allerhande procedurele beperkingen een rol kunnen spelen. De ambtshalve toepassing van het recht wordt daar immers begrensd door het grievenstelsel. Interessant in dit verband is nog dat Duitsland tot aan 2009 in hoger beroep een bevoegdheidsconcentratie voor grensoverschrijdende zaken kende. Deze bevoegdheidsconcentratie is echter weer opgeheven, op enkele uitzonderingen na. Verder kent het Duitse recht slechts een beperkte processuele limitering in hoger beroep. Zo kan de *Präklusion* slechts worden ingeroepen wanneer relevante feiten te laat zijn aangevoerd, ook indien deze feiten betrekking hebben op de toepasselijkheid van een vreemd recht (de internationale elementen).[27] Ook blijven partijen aan een ten processe gemaakte rechtskeuze gebonden, zelfs wanneer één der partijen in hoger beroep zich op een ander recht beroept. Dit geldt ook voor het Nederlandse systeem.

361 Hoogste instantie

Er bestaan tussen de onderzochte rechtsstelsels verschillen over de vraag of de hoogste rechter de toepassing van vreemd recht door de lagere rechter kan toetsen. Voor Engeland zijn de hoogste rechters de UK Supreme Court (voor het gehele Verenigd Koninkrijk) en de Court of Appeal (voor Engeland en Wales). De wijze waarop Engelse appelrechters met door lagere rechters vastgestelde feiten omgaan, is vaak zeer terughoudend. Dit is echter anders wanneer het 'feit' buitenlands recht betreft, in welk geval appelrechters – ook in hoogste instantie – een grotere bereidheid tonen om het bewijs uit de lagere instanties te beoordelen. Een bijzondere positie neemt de *UK Supreme Court* en diens voorganger, de *House of Lords*, in voor de jurisdicties die onder hun rechtsmacht vallen. Voor die stelsels kan de

25 Al zijn sommige auteurs daar wel een voorstander van, zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 215.

26 *Parkasho v. Singh* [1968] P. 233, p. 250 (Cairns J.).

27 Zie paragrafen 3.2.3., 3.3.3.1. en 3.5.1.

rechter '*judicial notice*' nemen van de inhoud van het betreffende toepasselijke recht.[28]

Een en ander staat in schril contrast met de rechtsstelsels van Nederland en Duitsland, die, hoewel ze beide worden beschouwd als een stelsel dat vreemd recht als 'recht' kwalificeert, aan hun hoogste rechter geen algemene bevoegdheid geven om de toepassing van vreemd recht te toetsen. De uitzondering op dit laatste betrof echter Duitsland, die aan de rechters in arbeidsgeschillen – het BAG – lange tijd wel de mogelijkheid bood om de toepassing van vreemd recht te toetsen.[29] Ook kan onder omstandigheden de hoogste rechter in deze landen zelf buitenlands recht toepassen.[30]

Het ontbreken van de mogelijkheid van toetsing in cassatie of *Revision* wordt overigens wel gemitigeerd doordat beide rechtsstelsels op een andere wijze toetsing toestaan, die ziet op de wijze waarop de lagere rechter tot zijn oordeel over het buitenlandse recht is gekomen. Deze toetsing ziet dus meer op de vorm dan op de inhoud, en kan min of meer als 'marginale' toetsing worden gezien. Het gaat dan om motiveringsgebreken (Nederland) of het niet voldoen aan de *Ermittlungspflicht* (Duitsland). In het Duitse procesrecht is het in tegenstelling tot het Nederlandse bovendien mogelijk dat het BGH toetst op een aantal materiële aspecten, die er meestal op neerkomen dat het toegepaste vreemde recht ofwel relevant is voor de toepassing van Duits recht,[31] ofwel onvolledig is toegepast omdat een '*Rechtssatz*' over het hoofd is gezien of achterhaald is door een rechtsregel met terugwerkende kracht. In zoverre gaat het Duitse recht dus verder dan het Nederlandse.

6.1.2.4 De positie van (buitenlandse) voorrangsregels

362 Onduidelijkheid

De positie van buitenlandse voorrangsregels in het burgerlijk geding is vooralsnog onduidelijk. Engelse rechters lijken in beperkt aantal gevallen wel ambtshalve vreemde voorrangsregels toe te passen, in ieder geval wanneer het gaat om 'illegality of contract' wegens strijd met het IMF-verdrag.[32] In dat geval is de rechter niet afhankelijk van de *pleadings* van partijen. Het is echter niet duidelijk in hoeverre ook in andere gevallen van *illegality* een dergelijke conclusie kan worden getrokken. In het Nederlandse recht is de positie van voorrangsregels eveneens onduidelijk. Weliswaar moet de Nederlandse rechter ambtshalve ipr toepassen, maar voor vreemde voorrangsregels geldt dat de Nederlandse rechter met deze regels rekening

28 Ook voor de *Privy Council* wordt aangenomen dat deze *judicial notice* mag nemen van het recht van de jurisdicties die binnen zijn rechtsmacht vallen, zie hoofdstuk 3. Dit college valt echter niet te beschouwen als de hoogste rechter voor Engeland en Wales.

29 Zie paragraaf 3.5.2. De toetsing van de toepassing van het buitenlands recht door de hoogste rechter in zaken van vrijwillige jurisdictie in de zin van § 72 FamFG is met het recente oordeel van het BGH eveneens uitgesloten (zie hoofdstuk 4).

30 Bijvoorbeeld bij het verwerpen van het beroep of wanneer de zaak direct wordt afgedaan.

31 Wanneer bijvoorbeeld sprake is van terugverwijzing, de rechtsmacht van Duitse rechters van vreemd recht afhangt of bekeken moet worden of er sprake is van reciprociteit.

32 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 106 e.v.

'kan' houden.[33] Ook in Duitsland lijkt de procedurele positie van voorrangsregels wat onduidelijk te zijn. Dit kan verband houden met het gegeven dat er in de Duitse doctrine een onderscheid werd gemaakt tussen forale voorrangsregels, die als rechtsregels werden toegepast, en vreemde voorrangsregels, die als feitelijk gegeven in aanmerking konden worden genomen en voornamelijk beperkt leken tot het overeenkomsten- en aansprakelijkheidsrecht.[34] Voor de processuele status lijkt dit weinig tot geen consequenties te hebben.

6.1.2.5 Bijzondere procedures

363 Spoedeisende of verkorte procedure

Voor wat betreft de spoedeisende of verkorte procedure verschillen de onderzochte stelsels over de vraag of er in de eerste plaats wel ruimte is voor de toepassing van buitenlands recht. In het Engelse proces is dit niet het geval. Daar heeft de rechter immers geoordeeld dat een 'summary judgment' niet kan worden verkregen als vreemd recht van toepassing is en dat daarvoor een 'trial' vereist is.[35] Dit hangt ongetwijfeld samen met de omstandigheid dat in het Engelse systeem de inhoud van vreemd recht wordt vastgesteld met gebruikmaking van deskundigenbewijs. Het concept van de 'trial' biedt dan de procesrechtelijke waarborgen die noodzakelijk zijn voor een dergelijke bewijshandeling.

Het Nederlandse recht vereist daarentegen dat ook in kort geding het buitenlandse recht zoveel mogelijk toepassing vindt. De reden die daarvoor wordt aangedragen, is dat het beginsel van accessoriëteit noopt tot een zo groot mogelijke mate van overeenstemming tussen het vonnis in kort geding en het vonnis in de bodemprocedure. Het is daarbij in beginsel niet van belang of slechts sprake is van een 'ordemaatregel' of van een verkapte bodemprocedure (zoals bij het incasso-kort geding). Wel kan de niet-vaststelbaarheid van het vreemde recht in het eerste geval sneller leiden tot de toepasselijkheid van de lex fori als surrogaatrecht.

In het Duitse recht gaat men echter uit van de onverkorte plicht van de rechter om zelfstandig na te gaan welke conflictregel van toepassing is, welk recht wordt aangewezen en wat de inhoud van dat recht is. Bij wijze van tegemoetkoming kan de Duitse rechter wel eerder concluderen dat het vreemde recht qua inhoud niet is vast te stellen wegens een gebrek aan tijd.[36]

364 Verstek

In de verstekprocedure speelt een ander probleem. Daar is het niet zozeer de vraag of de toepassing van vreemd recht wel plaats kan hebben, maar vooral of het ontbreken van tegenspraak in de weg kan staan aan een correcte toepassing van het

33 Voornamelijk vanwege de facultatieve bewoordingen van de bepalingen over vreemde voorrangsregels in ipr-regelgeving, zoals art. 10:7 lid 3 BW of in Rome I of Rome II.

34 Zie paragraaf 3.3.3.2.

35 Zie paragraaf 4.4.6.1.

36 Zie paragraaf 3.4.5.1.

vreemde recht. In Engeland en Wales speelt dit probleem niet zo erg, omdat het daar op de weg van partijen ligt om de inhoud van vreemd recht te stellen en te bewijzen. De Nederlandse en Duitse rechter moeten in beginsel wel nagaan of de vordering rechtens houdbaar is. In Duitsland wordt de *Geständnisfiktion* uitdrukkelijk als niet toepasselijk gezien, omdat dat leerstuk zou zien op de feiten, terwijl buitenlands recht een juridische aangelegenheid zou betreffen.

6.1.3 Arbitrage

365 Het toepasselijk recht op het materiële geschil

Ingeval in een arbitrale aangelegenheid de vraag naar het toepasselijke recht opkomt, lijken de geselecteerde rechtsstelsel tot grotendeels dezelfde resultaten te leiden. Het is voor partijen in de eerste plaats mogelijk om het toepasselijke recht te kiezen. Bij gebreke van een rechtskeuze kennen de Duitse en Engelse arbitragewetten[37] een zelfstandige conflictregel voor de bepaling van het toepasselijke recht. In het Engelse rechtsstelsel moet de arbiter het toepasselijke recht bepalen aan de hand van de conflictregels die hij toepasselijk acht en in het Duitse recht wordt het recht toepasselijk verklaard waarmee het onderwerp van geschil de nauwste band heeft. Op punt van het objectief toepasselijk recht bestaat er een onderscheid met het Nederlandse arbitragerecht, dat niet kiest voor een arbitrale conflictregel maar voor de '*voie directe*': het geschil wordt beheerst door die regels van materieel recht die de arbiter toepasselijk acht. Aangenomen wordt dat arbiters bij het volgen van de *voie directe* zich in de praktijk laten leiden door algemeen aanvaarde normen van internationaal privaatrecht;[38] het kan zich dus voordoen dat het effect van de drie regelingen in de praktijk weinig verschilt.

366 Het onderzoek naar de inhoud van het recht; controle

De vraag hoe de inhoud van het toepasselijke recht moet worden vastgesteld is in alle rechtsstelsels relatief onduidelijk. Dit komt niet alleen doordat er geen duidelijke regeling in nationale arbitragewetten of reglementen van arbitrage-instituten voorhanden is, maar ook doordat de toepassing van het recht in arbitrage – voor zover althans niet in strijd met de openbare orde – in beginsel niet aan rechterlijke controle is onderworpen. Alleen in het Engelse arbitragerecht is uitdrukkelijk in de mogelijkheid voorzien dat het scheidsgerecht, tenzij partijen anders bepalen, bepaalt in hoeverre het op eigen initiatief de feiten en het recht mag vaststellen.[39] Daarnaast kent dat recht de mogelijkheid dat een 'appeal on points of law' wordt ingesteld tegen een arbitraal vonnis,[40] maar dit ziet slechts op Engels recht dat is toegepast door een arbitrage-instituut met zetel in Engeland en Wales en niet op vreemd recht,

37 Resp. § 1051 ZPO en s. 46 Arbitration Act 1996.
38 Meijer, in: *T&C Rv*, art. 1054 Rv, aant. 2.c.
39 S. 34(2)(g) Arbitration Act 1996.
40 Zie s. 69 Arbitration Act 1996.

dat immers als een feit wordt beschouwd.[41] Nederland en Duitsland kennen deze mogelijkheden niet. Voor die stelsels geldt dat de manier waarop het toepasselijke recht is vastgesteld, slechts kan worden getoetst aan ofwel de vereisten van de openbare orde, ofwel op de eventuele schending van andere procedurele belangen (schending van de opdracht, hoor en wederhoor).

In de literatuur en in verschillende rapporten worden voorstellen en 'best practices' aangedragen voor de wijze het arbitraal tribunaal op de meest geëigende wijze met het vaststellen van de inhoud van vreemd recht kan omgaan. Onder deze voorstellen bevinden zich, o.a., de aanwijzing van arbiters met kennis van het toepasselijke recht en de benoeming van deskundigen. De oplossingen kunnen, mede door het internationale karakter van de handelsarbitrage, als universeel worden beschouwd. Wel lijken er in de praktijk verschillen te bestaan, die worden veroorzaakt door de juridische achtergrond van de arbiter. Zo lijken arbiters uit *civil law*-landen eerder geneigd uit eigen beweging het toepasselijke recht vast te stellen, terwijl arbiters met een *common law*-achtergrond eerder geneigd zullen zijn om aan partijen het bewijs inzake het toepasselijke recht op te dragen.[42]

6.1.4 Non-contentieuze aangelegenheden

6.1.4.1 Voluntaire procedures

367 Hoge mate van overeenstemming

De voluntaire procedures vormen op zichzelf geen uitzondering op de vraag naar de verdeling van verantwoordelijkheden tussen rechter en partijen voor zover het vreemd recht betreft. In Duitsland kennen de voluntaire procedures – waartoe ook familierechtelijke zaken worden gerekend – een eigen wetboek (FamFG), waarin de *Untersuchungsmaxime* het proces beheerst, zodat eventueel ook conflictenrechtelijk relevante feiten ambtshalve moeten worden vastgesteld. In Nederland bestaat er geen eigen wetboek, maar worden deze kwesties veelal via de verzoekschrift-procedure behandeld. Hoewel dat, net als in Duitsland, niets uitmaakt voor de vraag of de rechter ambtshalve vreemd recht moet toepassen – hetgeen hij verplicht is te doen in beide stelsels – maakt dat mogelijk wel iets uit voor de vaststelling van de (voor rechtsaanwijzing benodigde) feiten. De regels over stelplicht en bewijslast zijn namelijk slechts van toepassing voor zover de aard van de verzoekschriftprocedure

41 Wel kan s. 68(2)(b) Arbitration Act mogelijk uitkomst bieden, maar daarvoor is het opzettelijk niet in acht nemen ('*conscious disregard*') van bepalingen van vreemd recht wel noodzakelijk, maar niet voldoende (*B. v. A. (Arbitration: Chosen Law)* [2010] EWHC 1626 (Comm) [2011] Bus. L.R. D113, onder verwijzing naar *Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA* [2005] UKHL 43 [2006] 1 AC 221.

42 Zie bijv. G. Kaufmann-Kohler, 'The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Content', in: M. Wirth (red.), *Best Practices in International Arbitration. ASA Special Series. No. 26*, Basel: Association suisse de l'arbitrage 2006, p. 79-85, op p. 79. Idem, 'The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How?', in: M. Wirth (red.), *Best Practices in International Arbitration. ASA Special Series. No. 26*, Basel: Association suisse de l'arbitrage 2005, p. 87-96, op p. 88.

zich daartegen niet verzet. In Engeland en Wales is het begrip 'non-contentious proceedings' op zichzelf al een vreemde eend in de bijt. Wel is in zogeheten 'non-contentious probate'-zaken toegestaan dat de partijen via 'affidavits' informatie over het buitenlandse recht leveren.

6.1.4.2 Buitengerechtelijke autoriteiten

368 Het begrip 'buitengerechtelijke autoriteit'

Een eerste verschil betreft de aanwezigheid van buitengerechtelijke autoriteiten die geconfronteerd kunnen worden met de toepassing van vreemd recht. In Nederland en Duitsland komen vooral de ambtenaar van de burgerlijke stand (*Standesamt*) en de notaris (*Notar*) daarvoor in aanmerking. In Engeland en Wales lijkt bij de toepassing van buitenlands recht door buitengerechtelijke autoriteiten voornamelijk te worden gedacht aan zogenaamde (*statutory*) *tribunals*, die als een aparte categorie worden gezien naast de 'ordinary courts of law'.[43] Het ontstaan van deze tribunals is het gevolg van de opkomst van een sterkere administratie, terwijl een bijzonder bestuursprocesrecht ontbrak. Zij houden daarom het midden tussen bestuursorganen en de rechterlijke macht en zijn voornamelijk ingegeven door politieke of bestuurlijke overwegingen.[44] Het Engelse recht kent het instituut van de notaris niet; diens taken worden voornamelijk door *solicitors* vervuld.

369 Overeenkomsten en verschillen

Hoewel het begrip 'buitengerechtelijke autoriteit' in Engeland en Wales anders wordt uitgelegd dan in Nederland en Duitsland, neemt dit niet weg dat functioneel gezien een zekere overeenkomst tussen de rechtsstelsels aanwezig is. Wanneer de focus namelijk niet wordt gelegd op de aard van de functie (een autoriteit of niet), valt het op dat de aard van de werkzaamheden van de verschillende functionarissen of beroepsboefenaren overeenkomt. Zo houdt een *solicitor*, notaris of *Notar* die bijvoorbeeld een testament opstelt, rekening met vreemd recht om de geldigheid van het testament te bevorderen en niet zozeer omdat dit vanwege een vermeende functie vereist is.

Inzake de ambtenaren die zijn belast met het bijhouden van de bevolkingsregistratie, valt op dat er voor het Duitse recht een algemene plicht voor de *Standesbeamte* bestaat om er zorg voor te dragen dat in de openbare registers geen onjuiste informatie voorkomt. Voor de Nederlandse situatie geldt dat er ook een dergelijke plicht geldt. Afgezien van een paar bijzondere bepalingen, kent ook het Nederlandse recht geen uitgebreide regeling voor de abs om onderzoek naar vreemd recht te doen. Wel is de Commissie van advies een belangrijk orgaan in dat verband. Voor de Engelse situatie is geen vergelijkbare regeling gevonden.

---

43 Jacob, *The Fabric* 1987, p. 39

44 Jacob, *The Fabric* 1987, p. 40-42.

6.2 Verklaring van de geconstateerde overeenkomsten en verschillen

370 Verschillende theorieën

Nadat in de vorige paragraaf de overeenkomsten en verschillen tussen de geselecteerde rechtsstelsels zijn vastgesteld, zal in deze paragraaf worden gezocht naar een verklaring voor deze contrasten. Bij het vinden van een verklaring is het van belang om te onderkennen dat er meer theorieën kunnen bestaan die als verklaring voor deze contrasten kunnen dienen.[45] Overigens is het van belang om de methodologische regel in acht te nemen dat niet elke theorie evenveel verklarende werking zal hebben.[46]

In deze studie zullen verscheidene omstandigheden als verklaring kunnen dienen voor de aangetroffen overeenkomsten en verschillen. Daarbij gaat het voornamelijk om de volgende factoren:

- De vrijwillige receptie;[47]
- Het onderscheid tussen 'feit' en 'recht';
- De aard en functie van het burgerlijk procesrecht, en de daarvan deel uitmakende tradities;
- De aard en functie van het conflictenrecht, meer in het bijzonder de methodologische aspecten daarvan;
- De context van de rechtstoepasser in ruime zin, in het bijzonder van juridische beroepsbeoefenaars en hun opleiding en functie; en
- De historische ontwikkeling van het recht, meer in het bijzonder van de gebruikte rechtsbronnen, en het adagium *iura novit curia*.

Steeds zal worden bezien of de betreffende factor ook daadwerkelijk van invloed kan zijn geweest op het ontstaan van het rechtsinstituut. Daartoe is het van belang dat de gevonden oorzaak of factor past in de lijn van de ontwikkelingen. Er mag, met andere woorden, geen sprake zijn van een anachronisme. Verder bestaat er een onderscheid tussen een theorie die als oorzaak kan worden gezien voor een rechtsinstituut, enerzijds, en een theorie die een reeds bestaande praktijk in retrospectief opzicht 'rechtvaardigt', anderzijds. Deze laatste verklaren immers niet waarom een bepaald rechtsinstituut is ontstaan, wat overigens niet wegneemt dat zij wel van invloed kan zijn geweest op het voortbestaan ervan.[48] Om eventuele anachronismen te herkennen, moet daarom worden gelet op de jaartallen sinds welke binnen de geselecteerde rechtsstelsels een 'omslag' heeft plaatsgevonden of het betrokken rechtsinstituut – ambtshalve toepassing of niet – is ontstaan. Voor Nederland is dit 1915 c.q. 1927; voor Duitsland is dit 1889; en voor Engeland en Wales is dit op zijn laatst 1774, al kan 1702, zij het meer impliciet, eveneens als peildatum worden

45 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 164-169, hetgeen zij ook wel de 'derde richtlijn' voor de rechtsvergelijkende onderzoeker noemt, namelijk dat verschillende factoren het ontstaan en de ontwikkeling van een rechtsinstituut kunnen beïnvloeden.

46 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 169.

47 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 161-164.

48 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 170-171.

gezien. Tot slot zal de methodologische regel in acht worden genomen, welke inhoudt dat geconstateerde overeenkomsten of verschillen ook door louter toeval kunnen zijn ontstaan.[49]

6.2.1 Vrijwillige receptie

371 Sterke overeenkomsten

Een van de redenen waarom verschillende rechtsstelsels een vergelijkbare regeling kennen, kan zijn dat staten bepaalde rechtsinstituten uit een ander rechtsstelsels vrijwillig hebben overgenomen. Ook kan het zijn dat de betrokken rechtsinstituten een dergelijke functie vervullen, dat zij in verschillende stelsels op een vergelijkbare wijze worden geregeld. Op het gebied van de arbitrage kan een groot aantal overeenkomsten tussen de geselecteerde rechtsstelsels worden aangewezen. Dit kan deels worden verklaard door enerzijds de aard en functie van arbitrage, die ervoor zorgt dat de regeling van dit rechtsgebied een grote mate van overeenstemming vertoont, en anderzijds door de grote mate van vrijwillige receptie die dit rechtsgebied kenmerkt.

372 Aard en functie

Met betrekking tot de aard en functie van arbitrage, kan in de eerste plaats worden gewezen op de sterke rol die de partijautonomie een rol speelt bij de beslechting van geschillen. Arbitrage is op zichzelf al een uitingsvorm van partijautonomie. Partijen komen immers overeen om de beslechting van hun geschillen niet aan de overheidsrechter, maar aan een particuliere geschillenbeslechter over te laten. Daarnaast kunnen zij ook afspraken maken over de procedureregels die tijdens het arbitraal geding gevolgd moeten worden. Deze eigenschappen maken dat in er elk van de geselecteerde rechtsstelsels verschillende mogelijkheden zijn om gebrek aan kennis over het toepasselijke recht te 'repareren', bijvoorbeeld door een ter zake kundige arbiter te benoemen. Daar komt bij dat een scheidsgerecht vaak inherent 'a-nationaal' is. De plaats van arbitrage is weliswaar in een bepaalde staat gevestigd, hetgeen voor de lex arbitri van belang is, maar dat neemt niet weg dat een arbitraal tribunaal geen eigen 'forum' heeft, en dus evenmin een lex fori. Voorts behoeven de scheidslieden niet noodzakerlijkerwijze een onderdaan van de staat van de plaats van arbitrage te zijn, noch daar woonplaats te hebben.[50]

---

49 Kokkini-Iatridou, *Inleiding* 1988, p. 176.

50 Vanzelfsprekend kan dit afhangen van de betrokken arbitragewet of kunnen de contracterende partijen zulks zijn overeengekomen. Het gaat er vooral om dat een dergelijk vereiste bij arbitrage, in tegenstelling tot overheidsrechtspraak waarbij rechters de nationaliteit van de forumstaat moeten bezitten, niet noodzakelijk is.

373 Beperkte rechterlijke controle

Een tweede eigenschap van arbitrage is dat de overheidsrechter slechts in beperkte mate controle kan uitoefenen op de wijze waarop de arbitrage verloopt. Er is een beperkt aantal gronden op grond waarvan de overheidsrechter het arbitrale vonnis kan vernietigen of de erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis kan weigeren. Deze gronden zien meestal op het ontbreken van een geldige overeenkomst tot arbitrage; het schenden van een opdracht; ongeldige samenstelling van het scheidsgerecht; niet voldoen aan de vereisten die aan het vonnis worden gesteld; en strijd met de openbare orde.[51] Voor de toepassing van het recht zijn voornamelijk beginselen als de openbare orde, het recht op hoor en wederhoor, en de schending van de opdracht van belang.[52] Om die reden wordt de arbitrale procedure ook door een aantal basale beginselen beheerst. Zo moet het scheidsgerecht voldoen aan het vereiste van hoor en wederhoor en heeft het de verantwoordelijkheid om een geldig arbitraal vonnis tot stand te brengen.

Afgezien van de Engelse positie, waarin de toepassing van Engels recht door een in Engeland en Wales zitting hebbend tribunaal wel aan een 'appeal' kan worden onderworpen, lijken de mogelijkheden voor de overheidsrechter om controle uit te oefenen op de rechtstoepassing vrij beperkt. Een dergelijke controle kan wel worden uitgeoefend op de handelswijze van het arbitraal tribunaal bij het vaststellen of doen vaststellen van de inhoud van het toepasselijke recht, bijvoorbeeld omdat hoor en wederhoor niet in acht is genomen. Voor zover het gaat om voorrangsregels, kan rechterlijke controle eveneens plaatsvinden via de weg van de openbare orde.[53] Het is voor twijfel vatbaar of kan worden gesproken van een schending van de opdracht wanneer de arbiters het onjuiste materiële recht hebben toegepast. Dit is wel het geval wanneer de verkeerde beslissingsmaatstaf (regelen des rechts versus *ex bono et aequo*) wordt toegepast, voor zover dat onderscheid in het betrokken rechtsstelsel wordt gemaakt. Aangezien de toetsing van de overheidsrechter de toepassing van het materiële recht grotendeels buiten beschouwing laat, verklaart dit waarom scheidsgerechten in de geselecteerde rechtsstelsels op een flexibele wijze met deze materie kunnen omgaan.

374 Vrijwillig receptie, unificatie en competitie

Bij dit alles speelt de notie van 'vrijwillige receptie' een belangrijke rol. Er zijn verschillende pogingen om het onderwerp arbitrage op internationaal vlak te regelen en zo meer rechtszekerheid en voorspelbaarheid tot stand te brengen. Er zijn reeds verschillende initiatieven tot stand gebracht waarbij de (internationale) arbitrage wordt geregeld. Een bekend voorbeeld is het Verdrag van New York van

---

51 Zie bijvoorbeeld art. 1065 Rv; § 1059 e.v. ZPO; en s. 66 e.v. Arbitration Act 1996.

52 Al kan in Engeland, bij wijze van uitzondering, wel een appeal worden ingesteld indien een scheidsgerecht met zitting in Engeland en Wales het Engelse recht onjuist heeft toegepast.

53 Zoals in het kader van het Europees mededingingsrecht is bepaald in HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3079 (*Eco Swiss/Benetton*).

1958[54] of de UNCITRAL Modelwet.[55] Aangezien deze regelingen een mate van eenvormigheid totstandbrengen, betekent dit dat er minder verschillen tussen de rechtsstelsels van de aangesloten staten bestaan. Aangezien de rechterlijke controle zich daarbij niet uitstrekt tot een inhoudelijke beoordeling, laat dit een zekere mate van vrijheid aan het scheidsgerecht bij de toepassing van het recht. Verder wordt soms een mate van 'concurrentie' ervaren bij de ontwikkeling van nieuwe arbitragewetten. Staten proberen om een zo gunstig mogelijk arbitrageklimaat tot stand te brengen, en zo arbitrageprocedures aan te trekken.[56] Dit leidt ertoe dat een versoepeling van het arbitrageregime op bijvoorbeeld het vlak van het toepasselijke recht ook in andere staten wordt heroverwogen, en mogelijk zelfs tot aanpassingen leidt.

6.2.2 Het 'feit-recht'-onderscheid

375 Een ingeburgerd onderscheid

Een bekende, zo niet de bekendste, theorie om de verschillende benaderingen van buitenlands recht te duiden, is de zogenaamde '*fact/law distinction*'. Volgens deze opvatting wordt de processuele status van het buitenlandse recht gekoppeld aan de kwalificatie als 'feit' of als 'recht'. Zo worden rechtsstelsels die het initiatief voor de vaststelling van de inhoud van het vreemde recht aan partijen overgelaten, zoals in het Engelse stelsel, gezien als stelsels die vreemd recht als een een 'feit' behandelen ('*fact doctrine*'). In rechtsstelsels als het Nederlandse en het Duitse zou, gezien de ambtshalve toepassing door de rechter, het vreemde recht daarentegen als 'recht' worden gezien ('*law doctrine*').[57]

Het 'feit-recht'-onderscheid is nog sterk verankerd in het huidige debat en wordt nog steeds gehanteerd in recente studies.[58] Het is dus een gebruikelijk perspectief van waaruit de problematiek beschouwd kan worden, maar dat neemt niet weg dat het eveneens een omstreden benadering is.[59] Verschillende schrijvers hebben reeds geprobeerd om van het onderscheid af te stappen.[60] In hoofdstuk 7 zal worden betoogd waarom deze theorie niet steekhoudend is en door welke visie zij beter kan worden vervangen. In dit hoofdstuk zal slechts worden betoogd dat het onderscheid recht-feit geen verklaring biedt voor de geconstateerde overeenkomsten en verschillen tussen de in deze studie geselecteerde rechtsstelsels.

---

54 Verdrag over de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken, New York, 10 juni 1958, *Trb.* 1959, 58.

55 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, Verenigde Naties: 1985.

56 P. Sanders, 'Chapter 12. Arbitration', in: *International Encyclopedia of Comparative Law* 1996, p. 18.

57 Zie Esplugues e.a., in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 10-16; Geeroms, *Foreign Law* 2004, no. 6.01-6.34; Hartley, *ICLQ* 1996, p. 272; Nishitani, in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p 17-19.

58 Zoals het Esplugues e.a., in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 8-18 (no. 7-15) en Nishitani 2017, p. 17-20.

59 Zie, o.a., S.L. Sass, 'Foreign law in Civil Litigation: A Comparative Survey', *AJCL* 1968, p. 332-371, op p. 333-334.

60 Zie o.a. Zajtay, *Stellung* 1963, p. 7 e.v.

Op het eerste gezicht lijkt deze benadering overtuigend. In de Engelse rechtspraak wordt buitenlands recht zelf letterlijk een 'feit' genoemd. Wanneer de partijen zelf een beroep moeten doen op het vreemde recht en zij daarvan vervolgens de inhoud moeten bewijzen, vertoont het inderdaad veel gelijkenis met het bewijs van andere feiten die nodig zijn om een vordering of een verweer te doen slagen. Hetzelfde geldt voor het Nederlandse en Duitse stelsels, waar het vreemde recht ook letterlijk als 'recht' wordt aangemerkt en, net als het eigen recht, ook ambtshalve wordt toegepast. De rechter moet, net als wanneer er wat onduidelijkheden zijn over diens eigen recht, dan ook zelf onderzoek doen naar de inhoud van het buitenlandse recht. Tot zover lijkt de 'feit-recht'-theorie inderdaad een goede verklaring te vormen.

376 Weerlegging

Bij nadere beschouwing kan deze verklaring echter om verschillende redenen worden weerlegd. Om te beginnen wordt buitenlands recht in het Engelse systeem weliswaar als een 'feit' gezien, maar dan toch vooral als een '*fact of a peculiar kind*'.[61] In hoger beroep is dit een reden om de feitelijke vaststellingen van de lagere rechter te beoordelen wanneer het gaat om de vaststelling van de inhoud van buitenlands recht, iets waartoe de appelrechter bij 'gewone' feiten niet snel geneigd zal zijn. Maar ook daarbuiten heeft vreemd recht in het Engelse systeem een sterker 'juridisch' karakter dan de '*fact doctrine*' doet vermoeden. Zo wordt sinds de *Woolf reforms* voor de vaststelling van feiten voornamelijk gebruik gemaakt van de *single joint expert* als middel om deskundigenbewijs te verkrijgen. Indien vreemd recht inderdaad een feit zou zijn, dan zou ook dit middel worden gebruikt om dat 'feit' vast te stellen. In de praktijk wordt echter nog veel gebruik gemaakt van door partijen aangebrachte deskundigen, juist om zo aan het discursieve karakter van het juridisch redeneren recht te doen. Het typisch 'juridische' karakter van het vreemde recht blijkt dan toch dominant te zijn. En ook de 'sanctie' op het gebrek aan bewijs over de inhoud van buitenlands recht is niet de afwijzing van de vordering, zoals bij materieelrechtelijk relevante feiten het geval zou zijn, maar eerder de toepassing van een vermoeden ('*presumption of similarity*'), dat op zijn beurt ook weer uitzonderingen kent voor het geval dat toepassing van deze presumptie tot onhoudbare resultaten zou leiden.[62] Dit betekent dat de *fact doctrine* niet zo sterk is als wordt vermoed. Ook wordt het de rechter onder omstandigheden toegestaan uit eigen beweging te handelen, voor zover dat binnen de kaders van het deskundigenbewijs gebeurt.

Ten tweede heeft buitenlands recht in die stelsels die het als 'recht' kwalificeren, zoals Nederland en Duitsland, ook 'feitelijke' eigenschappen, althans in die zin dat zij niet volledig op één lijn met de behandeling van de lex fori staat. Weliswaar zijn de bewijsrechtelijke regels formeel niet van toepassing, maar dit neemt niet weg dat eveneens gebruik kan worden gemaakt van een deskundige om de inhoud van buitenlands recht te achterhalen, welke kosten in aanmerking komen voor een

61 *Parkasho v. Singh* [1968] P. 233, p. 250 (Cairns J.).
62 Zie paragraaf 4.4.3.

veroordeling in de proceskosten. Dergelijke 'pseudobewijstechnieken'[63] doen afbreuk aan de vermeende gelijkenis met het eigen recht. Voorts wordt van partijen verwacht dat zij de rechter voorlichten over de inhoud van vreemd recht wanneer dat nodig is. Weliswaar is de rechter daaraan niet gebonden, maar het verschuift *de facto* wel de 'informatielast'[64] naar de partijen, die dan een advies van een deskundig instituut of van een buitenlandse jurist kunnen overleggen of anderszins informatie aan de rechter kunnen geven. Wanneer de partijen zelf geen informatie over vreemd recht overleggen, doet dit ook af aan de vereisten die aan de motivering van de rechter worden gesteld. Naast het risico dat de inhoud van het vreemde recht dan mogelijk incorrect wordt vastgesteld, is er dus ook het processuele nadeel dat een minder uitgebreide motivering in cassatie of in Revision de kansen op een cassatietoetsing op grond van verzuim van vormen moeilijker wordt. In zoverre is er dus sprake van een 'Obliegenheit'.[65] Ook komt zowel in Duitsland als in Nederland de toepassing van het buitenlandse recht in beginsel niet voor toetsing in cassatie of *Revision* in aanmerking. De uitzonderingen die op die regel worden gemaakt betreffen voornamelijk formele eisen die aan het oordeel van de lagere rechter worden gesteld, zoals motiveringsvereisten en de verplichting alle mogelijke middelen te gebruiken bij diens onderzoek naar vreemd recht. Hoewel het daarmee geen feitelijk karakter krijgt – de redenen voor de niet-toetsing liggen vooral in de aard en functie van het instituut van cassatie of *Revision* – wordt de volledige gelijkschakeling met het eigen recht wel ondergraven. De *law doctrine* toont dus niet aan waarom het vreemde recht soms een speciale behandeling krijgt.

377 'Recht-feit'-leer niet houdbaar

De opvatting dat vreemd recht ofwel een 'feit' is, ofwel 'recht', is niet langer houdbaar. Veeleer wordt buitenlands recht op één lijn gesteld met het eigen recht (Nederland en Duitsland) of met feiten (Engeland en Wales), maar gebeurt dit niet zonder uitzonderingen. Bij de kwalificatie als 'recht' of als 'feit' zijn praktische overwegingen van doorslaggevender belang dan principiële.[66] Het probleem met het 'feit-recht'-onderscheid is dan ook dat deze theorie structureel onhoudbaar is. In het verleden hebben verschillende auteurs, waaronder Zajtay,[67] al proberen aan te tonen waarom deze theorie zo'n onjuiste voorstelling van zaken geeft. Volgens Zajtay is het 'feit-recht'-onderscheid – en dan voornamelijk de Franse 'feit'-opvatting – gebaseerd op een onjuiste redenering, die op twee vooronderstellingen steunt. Volgens de eerste vooronderstelling wordt in een procedure een onderscheid gemaakt tussen

63 Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 107.

64 Deze benaming lijkt beter verdedigbaar dan 'bewijslast'.

65 Zie Zie Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 291 e.v., en Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 193 e.v. Anders: Küster, *Ermittlung ausländischen Rechts* 1995, p. 49 (vtnt. 274), die bij de medewerkingsplicht spreekt van 'prozessuale Last' en dit uitdrukkelijk onderscheidt van het (meer verzekeringsrechtelijke) begrip 'Obliegenheit'. Zijn opvatting komt erop neer dat de sanctie bij de nietnakoming van 'Obliegenheiten' directer is dan bij wat hij 'processuele lasten' noemt.

66 Zie ook Zajtay, *IECL* 1972, p. 5, voor de praktische achtergrond van de Engelse positie.

67 I. Zajtay, *Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen internationalen Privatrecht*, Berlijn/Tübingen: De Gruyter/Mohr 1963, p. 7-11.

'feitelijke elementen' en 'rechtselementen'. Met het laatste wordt het positieve eigen recht bedoeld. De tweede vooronderstelling is wat Zajtay de 'leer van de exclusieve alternatieven' noemt: een proceselement behoort ofwel tot de ene categorie (feiten), ofwel tot de andere (recht). Omdat, zo meent hij, het vreemde recht nooit kan voldoen aan de criteria die worden gesteld aan het positieve, nationale recht – zoals het vereiste van bekendmaking ('*promulgation*') en de gedachte dat de 'wet' een uiting is van het soevereine gezag van de staat – zal vreemd recht in deze opvatting altijd tot de feiten worden gerekend. Ook al richt Zajtay zich voornamelijk op de Franse situatie,[68] neemt dit niet weg dat zijn inzichten ook voor andere gevallen opgaan. Met evenveel gemak kan men immers zeggen dat de leer, die vreemd recht als 'recht' beschouwt, juist de verschillen van het vreemde recht ten opzichte van het eigen recht – geen officiële afkondiging en geen uiting van de eigen soevereiniteit – te veel bagatelliseert en zich te veel richt op de gelijkenis met de zogeheten 'algemene en abstracte rechtsnorm'.[69]

378 Von Savigny

Een andere, niet onbelangrijke, schrijver die zich, zij het meer indirect, over het al dan niet feitelijke karakter van vreemd recht heeft uitgelaten, is Von Savigny zelf. Hij stelde immers in het eerste deel van zijn '*System*' dat het onderscheid tussen 'recht' en 'feit' onjuist is. Het startpunt van zijn redenering betreft eigenlijk het gewoonterecht en zal later uitgebreider aan de orde komen. In tegenstelling tot een destijds wijdverspreide opvatting, was Von Savigny namelijk van mening dat gewoonterecht niet op één lijn met de 'werkelijke' feiten kan worden gesteld. De 'werkelijke' feiten mogen door de rechter immers niet worden aangevuld, terwijl dit wel is toegestaan bij gewoonten waarvan hij kennis heeft.[70] Ook moeten feiten op een bepaald moment in de procedure worden ingebracht, terwijl het gewoonterecht naar zijn mening op elk moment in de procedure kan worden ingebracht. Interessant is dat hij daarbij de vergelijking maakt met het buitenlandse recht en het gewoonterecht daarmee op één lijn plaatst:[71]

> 'Das Gewohnheitsrecht ist also hierin völlig ähnlich den ausländischen Gesetzen, von welchen die Entscheidung manches Rechtsstreits abhängig seyn kann. Ihre Kenntniß wird von dem Richter nicht gefordert, und die Partey muß sie angeben und beweisen, ganz wie es hier von dem Gewohnheitsrecht bemerkt worden ist, also auch ohne daß sie dadurch mit eigentlichen Thatsachen völlig auf Gleiche Linie treten.'

De rechter hoeft het vreemde recht niet te kennen, zodat de daarbij belanghebbende partij zich op dat recht moet beroepen en dit moet bewijzen ('angeben und beweisen') als ware het gewoonterecht. Evenwel is het vreemde recht, zo blijkt uit dit citaat, daarmee nog geen 'feit'. Nog interessanter is echter dat Von Savigny van

---

68 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 8-11; 30-36.

69 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 7; 16.

70 F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Erster band*, Berlijn: Veit und Comp. 1840, no. 30, p. 190.

71 Savigny, *System* 1840, no. 30, p. 190-191.

mening was dat de inhoud van vreemd recht moet worden 'bewezen', wat in schril contrast staat met de in paragraaf 6.2.3. te behandelen opvatting, dat de Savigniaanse verwijzingsmethode noopt tot de ambtshalve toepassing van (conflicten- en) vreemd recht.[72] Bij de interpretatie van de Savigniaanse methode komen zijn volgelingen blijkbaar tot andere conclusies dan Savigny zelf.

6.2.3 De conflictenrechtelijke methode en grondslag

379 Conflictenrecht als verklarend model

Voor de verschillen op het gebied van de toepassing van vreemd recht is ook wel een verklaring gezocht in de grondslagen en methoden van het conflictenrechtelijke systeem.[73] De vraag *waarom* men een buitenlands recht van toepassing acht, zou in die opvatting dusdanig belangrijk zijn dat ook de uiteindelijke omgang met dat recht in de civiele procedure daardoor zou worden beïnvloed. De veronderstelling is dat een systeem van internationaal privaatrecht dat op Savigniaanse leest is geschoeid, uitgaat van een internationalistische grondslag en de voorkeur zal geven aan aanknoping bij de nauwste band. Daarom moet, om het nauwst verbonden recht inderdaad toegepast te laten worden, ook van de rechter de nodige medewerking worden verwacht. Deze zal om die reden genoodzaakt zijn om het aangewezen recht ambtshalve toe te passen. Als de internationale beslissingsharmonie immers het doorslaggevende criterium is, zullen rechters over de hele wereld op dezelfde manier met het ipr en met vreemd recht moeten omgaan om die harmonie te bewerkstelligen. Dit vereist uniformiteit van uitkomsten en deze kan slechts bereikt worden indien rechters verplicht zijn uit eigen beweging te handelen en de partijen daarop geen invloed kunnen uitoefenen.

Aan de andere kant wordt vreemd recht juist niet ambtshalve toegepast, wanneer het ipr een andere grondslag kent dan het Savinigaanse systeem, zoals de comitas-leer of de leer van de verkregen rechten. In het eerste geval is de toepassing van een buitenlands recht immers gebaseerd op de welwillendheid van de forumstaat, zodat er helemaal geen 'plicht' is voor overheidsfunctionarissen om uit eigen beweging het toe te passen recht te achterhalen. In het tweede geval van de leer van de verkregen rechten is de toepassing van vreemd recht vooral een privéaangelegenheid, en wanneer de partijen hun verkregen rechten willen uitoefenen, kan van hen worden gevergd dat zij die rechten op zijn minst bewijzen. Volgens deze theorie verklaart het sterke Savigniaanse karakter van het Nederlandse en Duitse ipr daarom de omstandigheid dat vreemd recht in die stelsels ambtshalve

72 Zie, bijvoorbeeld, Sass, *AJCL* 1968, p. 358: 'Savigny regarded the mandatory application of foreign law as the indispensible prerequisite for the effectiveness of his system, and, therefore, urged the courts to apply the law of a foreign nation designated by conflicts rules regardless of its invocation by a party.' Helaas haalt Sass geen vindplaats uit het werk van Von Savigny aan waaruit dit zou blijken (afgezien van de meer algemene vindplaats over de conflictenrechtelijke methode die Von Savigny voorstaat). Dit citaat staat dan ook in schril contrast met de visie van Von Savigny op de status van vreemd recht, dat zoëven is aangehaald.

73 Zie bijvoorbeeld Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 233 e.v.; Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 73 e.v.

moet worden toegepast, terwijl het Engelse ipr vooral op *comity* en *vested rights* is gebaseerd, en buitenlands recht dus als een te bewijzen feit wordt beschouwd.

Het is de vraag in hoeverre een dergelijke theorie houdbaar is. De stelling dat de processuele status van vreemd recht in het burgerlijk geding wordt verklaard door de verwijzingsgrondslag en de verwijzingsmethode die aan de basis ligt van de ipr-regel waardoor dat recht is aangewezen, herbergt een aantal vooronderstellingen in zich. Om te beginnen betekent dit dat eventuele wijzigingen in de verwijzingsgrondslag- of methode in meer of mindere mate gelijk opgaan met de wijzigingen in het denken over de processuele status van vreemd recht. Dit betekent dat wanneer de eerste zich wijzigt, er zich ook een wijziging moet voordoen ten aanzien van het laatste. Kortom, een dergelijke opvatting vereist dat de theorie in chronologisch opzicht klopt. Ten tweede moet er ook een causaal verband aanwezig zijn tussen de regel van internationaal privaatrecht, die is gebaseerd op de betrokken methodologische opvatting, en het daardoor aangewezen toepasselijke recht. Met andere woorden: de status van het vreemde recht wordt slechts verklaard, voor zover deze ook door een conflictregel is aangewezen. Wanneer het vreemde recht van belang is in een geval buiten het conflictenrecht om, zal deze verklaring niet opgaan.

380 Parallellen

Op het eerste gezicht lijkt deze opvatting een goede verklaring te vormen voor de geconstateerde overeenkomsten en verschillen tussen de onderzochte stelsels. In Engeland en Wales is het internationaal privaatrecht eerst op een later tijdstip tot ontwikkeling gekomen. Voor een niet onbelangrijk deel heeft dit te maken met het gegeven dat Engeland tot aan de 18de eeuw nog een vrij teruggetrokken bestaan leidde.[74] Tevens waren de *common law courts*, die de andere rechtbanken als de *admiralty courts* hadden verdrongen,[75] eigenlijk niet toegerust op geschillen die internationale elementen bevatten. Oorspronkelijk was de *common law* een typisch product van de feodale samenleving, dat voornamelijk was gericht op vraagstukken van eigendom van land.[76] Om aan het internationale rechtsverkeer tegemoet te komen, werden aanvankelijk bepaalde '*fictions of law*' gehanteerd, zoals de fictie dat een internationaal contract wordt vermoed in Engeland te zijn gesloten.[77]

Dit veranderde halverwege de 18de eeuw.[78] Het Engelse conflictenrecht heeft toen sterke invloeden ondergaan van Hubers *comitas*-leer en, later, ook van Dicey's *vested rights theory*.[79] Het Engelse ipr heeft oorspronkelijk dus een sterk statutistisch

74 Zie, o.a., L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal* Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2015/15 (geen equivalente vindplaats in Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019).

75 Sass, *AJCL* 1968, p. 336.

76 Sass, *AJCL* 1968, p. 335-336.

77 Zie daarover ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 30-34.

78 Sass, *AJCL* 1968, p. 335.

79 Sass, *AJCL* 1968, p. 338-339. Anders Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 21, die beide theorieën – van Huber en van Dicey en Beale – op één lijn stellen en menen dat ook Huber als een voorstander van de leer van de verkregen rechten kan worden gezien, of althans dat deze leer zijn oorsprong bij Huber had.

karakter, ook al heeft het sinds enkele decennia, mede door het proces van europeanisering, meer invloed van het Savigniaanse model ondergaan. Wanneer men buitenlands recht immers alleen *ex comitate* van toepassing acht, is het niet bevreemdend dat op de rechter geen al te zware verplichtingen worden opgelegd om de inhoud van dat recht te achterhalen. Sterker nog: als het slechts een daad van 'comitas' is om het recht van een andere soeverein toe te passen, kan het zelfs als redelijk worden gezien dat de partij die daarbij belang heeft, de inhoud van dat recht ook bewijst. Het eigen recht van de soeverein heeft per slot van rekening de primaire geldingspretentie op diens territoir; de toepassing van buitenlands recht is in dat perspectief slechts de uitzondering op de gelding van de lex fori. Een vergelijkbare redenering gaat op voor de idee van *vested rights*. Wanneer een buitenlands verkregen (subjectief) recht immers als een feit wordt gezien dat onder een vreemd rechtsstelsels is gecreëerd, volgt daaruit logisch voort dat het bestaan van een dergelijk recht ook als een feit moet worden bewezen om datgene te verkrijgen wat wordt gevorderd of verzocht.[80]

Dit is anders in het Nederlandse en het Duitse stelsel, waar het gedachtegoed van Von Savigny reeds in een eerder stadium ingang heeft gevonden. De idee van het Savigniaanse conflictenrecht is dat niet de regel maar juist de rechtsverhouding als uitgangspunt wordt genomen.[81] De rechtsverhouding moet vervolgens worden geplaatst bij het recht waar het 'thuishoort' (zijn '*Sitz*'[82] heeft). Het verbindende element tussen de rechtsverhouding en het rechtsstelsel is de gedachte van de 'nauwste verbondenheid'. Dit internationalistische verwijzingsmodel maakt dat eigen en vreemd recht gelijkwaardig zijn; dat beide op gelijke wijze worden toegepast is dan ook een logisch gevolg van deze methodologische opvatting.[83] Zo zou immers ook recht worden gedaan aan de 'internationale beslissingsharmonie'.[84] Het maakt immers niet uit of vreemd of eigen recht van toepassing is. Aangezien het eigen recht niet bewezen behoeft te worden, is de conclusie dan ook dit ook geldt voor vreemd recht.

Zoals eerder geconstateerd, wordt in zowel Nederland als Duitsland het buitenlandse recht ambtshalve door de rechter toegepast. In Nederland vindt de ambtshalve toepassing van vreemd recht plaats sinds het *Ehlers & Loewenthal*-arrest uit 1915 of het *Benima/Rohner*-arrest uit 1927. Aangenomen wordt dat in Duitsland de plicht van de rechter om uit eigen beweging het vreemde recht vast te stellen teruggaat tot het moment van de inwerkingtreding van de voorloper van § 293 ZPO,[85] en in ieder geval sinds de uitspraak van het Reichsgericht uit

80 Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 73-74; Sass, *AJCL* 1968, p. 338-339; Ehrenzweig, *Mich. L. Rev.* 1958, p. 662-663; Schlesinger, 'A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove The Applicable Foreign Law', 59 *Cornell L. Rev.* 1973, afl. 1, p. 1-26, op p. 4-5.

81 F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Achter band*, Berlijn: Veit und Comp. 1849, § 348. Zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/20; Asser/Vonken *10-I* 2018/358.

82 Savigny, *System. Achter Band* 1849, p. 108.

83 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 242 (no. 3.63).

84 Asser/Vonken *10-I* 2018/358, 219-225.

85 § 265 CPO.

1889.[86] Daarvóór werd buitenlands recht als een feit behandeld dat door partijen moest worden bewezen. Dit jaartal valt min of meer samen met de opkomst van het Savigniaanse verwijzingsmodel, dat vooral in de negentiende eeuw veel aan invloed had gewonnen.[87] Voor die tijd was het voornamelijk de statutenleer die de verwijzingsgrondslag en -methode van het internationaal privaatrecht bepaalde, volgens welke leer slechts 'ex comitate' met het buitenlandse recht rekening behoeft te worden gehouden, zoals in het voorgaande reeds aan de orde is gekomen.

De invloed van de verwijzingsmethode lijkt geen onverdedigbare theorie. Het geeft in ieder geval een goede verklaring voor een aantal opmerkelijke parallellen. Zo is het niet bevreemdend dat niet alleen in *common* law-jurisdicties bewijs van buitenlands recht wordt geëist, maar gedurende langere tijd ook in een aantal *civil law*-jurisdicties, zoals Frankrijk. Net als in het Engelse recht heeft het Franse ipr zich lange tijd gekenmerkt door een sterk statutisme, zoals blijkt uit art. 3 van de *Code civile*.[88] Ook hier geldt dat statutisme kan leiden tot de gevolgtrekking dat vreemd recht, waarmee bij wijze van uitzondering *ex comitate* rekening wordt gehouden, door bewijs moet worden vastgesteld. Het zou ook verklaren waarom het tot 1915 heeft geduurd voordat de Nederlandse Hoge Raad heeft geoordeeld dat vreemd recht een ambtshalve aan te vullen rechtsgrond is in de zin van art. 48 Rv (oud).[89] De receptie van Von Savigny in Nederland begon eerst in het laatste deel van de negentiende eeuw;[90] de doordringing van zijn theorie bij de rechterlijke macht heeft zich wellicht wat later doorgezet.

381 Kanttekeningen

Bij de invloed van de internationaal-privaatrechtelijke methodologie kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst. Het is de vraag in hoeverre de conflictenrechtelijke methode als verklaring voor de processuele status van vreemde recht ook doorslaggevend is, aangezien er enige anachronismen kunnen worden vastgesteld. Voor de Engelse situatie is het bijvoorbeeld niet waarschijnlijk dat Dicey's theorie van verkregen rechten *condicio sine qua non* was voor het ontstaan van de '*fact doctrine*'. Voordat Dicey deze theorie ontwikkelde aan het einde van de negentiende eeuw werd vreemd recht immers reeds lang als een te bewijzen feit beschouwd.[91] Mogelijk is zij niet zozeer te beschouwen als een zelfstandige verklaring voor de

86 Zie J. Brauksiepe, *Die Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozeß* (diss. Bonn), (ongepubliceerd) 1965, p. 35, en de door hem in eindnoot 34 aangehaalde rechtspraak.

87 Zie o.a. Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 208.

88 Het Nederlandse equivalent in art. 6 Wet AB is door Strikwerda bestempeld als een 'residu van de statutenleer', zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/96, onder b.

89 Huidig art. 25 Rv.

90 Aldus Asser/Vonken *10-I* 2018/359.

91 Vgl. *Mostyn v Fabrigas* (1774) 1 Cowp. 161, op p. 174 (Lord Mansfield), waarin met zoveel woorden wordt geoordeeld dat '[t]he way of knowing foreign laws is, by admitting them to be proved as facts, (…)'. Ook in de uitspraken *Fremoult v Dedire* 1 P. WMS. 429, p. 431 (herdruk in: (1718) 24 Eng. Rep. 458, op p. 459) (Lord Chancellor Parker), waarin wordt verwezen naar *Feaubert v. Turst* [1702] Prec. Ch. 207 (herduk in: 24 E.R. 101), wordt al bewijs vereist. In principe gaat de '*fact doctrine*' dus al terug tot 1702.

status van vreemd recht, maar gold deze theorie eerder als een *ex post* rechtvaardiging voor een reeds bestaande praktijk. Oorzaak en gevolg lijken daarmee te worden omgekeerd. Deze praktijk kan overigens wel door de *comity*-leer van Huber beïnvloed zijn. De invloed van laatstgenoemde op het Engelse conflictenrecht blijkt reeds uit een rechterlijke uitspraak uit 1760.[92] Mogelijk had Huber zelfs al voor die tijd invloed op de Engelse rechtspraak.[93] Voor zover de conflictenrechtelijke methode al van betekenis is om te verklaren waarom vreemd recht in het Engelse (burgerlijk) procesrecht als een te bewijzen feit wordt beschouwd, is het aannemelijker dat Hubers theorie daarop invloed heeft uitgeoefend.

Voor wat continentaal Europa betreft, is het de vraag wanneer het gedachtegoed van Savigny daadwerkelijk invloed op de rechtspraak heeft gekregen. In een uitspraak van het Reichsgericht uit 1901, waarin werd geoordeeld dat de Duitse rechter ambtshalve buitenlands recht heeft toe te passen, werd weliswaar verwezen naar Savigny's 'System', maar dan ten aanzien van een materieel geschilpunt.[94] Het toont wel aan dat Savigny's ideeën bij de rechtspraak gezag genoten. In Duitsland was Savigny hoe dan ook reeds een gezaghebbend jurist.[95] Bovendien was § 293 ZPO (althans diens voorganger § 265 CPO), dat voor de vaststelling van buitenlands recht zo van belang is en waarin de rechtspraak een plicht voor de rechter ziet om dat recht ambtshalve toe te passen, een voortbrengsel van Savigny's leerling Puchta.[96]

Voor Nederland ligt een en ander iets genuanceerder. Weliswaar hebben de ideeën van Savigny veel weerklank gevonden bij Nederlandse schrijvers uit de negentiende eeuw, maar dit wil nog niet zeggen dat ook de rechtspraak daardoor werd beïnvloed. Gedurende langere tijd in de 19de eeuw is het werk van Foelix invloedrijk geweest.[97] Niet duidelijk is of de rechtspraak zich iets gelegen heeft laten liggen aan opvattingen van schrijvers die door Savigny waren geïnspireerd. Wel is het handboek van Kosters uit 1917,[98] die als een aanhanger van Savigny's leer wordt beschouwd, 'het "orakel" voor de rechtspraak tot na de Tweede Wereldoorlog'

---

92 *Robinson v. Bland* (1760) 2 Burrow 1077, op p. 1078 en 1088 (herdruk in: 97 Eng. Rep. 717, op p. 718 en 719) (Lord Mansfield). Peters noemt deze uitspraak zelfs van groot belang voor de 'doorbraak' van Huber in het Engelse conflictenrecht, zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 32-33.

93 In *The Attorney General v Norstedt, (claiming the Ship "Triton")* (1716) 3 Price 97, wordt op p. 129 ook al de '*comity of nations*' genoemd. En in *Mellor v Spateman* (1668) 1 WMS. Saunders 339, wordt in (de waarschijnlijk in de herdruk in 85 E.R. 489 aangebrachte) voetnoot 2 eveneens melding gemaakt van de '*comity of nations*', en wordt deze notie gelezen in uitspraken van begin 18de eeuw (o.m. uit 1724). Er dient echter rekening mee te worden gehouden dat in het laatste geval mogelijk bij wijze van 'retrospectief commentaar' een notie als 'comitas' in de rechtspraak wordt gelezen, die destijds wellicht niet werd aangenomen.

94 RG 22 november 1901 VII 285/01, *JW* 1902, op p. 36. Aangehaald werd de '6. Band' van Savigny, en niet de voor de methode van het ipr belangrijke '8. Band'.

95 G.J.W. Steenhoff, *De wetenschap van het internationaal privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962: een internationalistisch perspectief*, Zwolle/Den Haag: W.E.J. Tjeenk Willink/T.M.C. Asser Instituut 1994, p. 10.

96 Zie F.J.M. Schaap, *Puchta's kritiek van de doctrine van het gewoonterechtsbewijs en haar invloed op de hedendaagse literatuur*, (ongepubliceerd) Vught 1991, p. 45-46.

97 Steenhoff, *Wetenschap van het internationaal privaatrecht* 1994, p. 9.

98 Kosters, *Internationaal burgerlijk recht* 1917.

genoemd.[99] Wanneer dit inderdaad kan worden aangenomen, is dit een belangrijk gegeven; Kosters betoonde zich in zijn handboek namelijk een voorstander van de ambtshalve toepassing van buitenlands recht.[100] Helaas was het standaardarrest *Ehlers & Loewenthal*, waarin de ambtshalve toepassing van buitenlands recht werd voorgeschreven, reeds twee jaar voor het verschijnen van het handboek gewezen, zodat het niet waarschijnlijk is dat de rechtspraak zich door zijn werk heeft laten leiden. In het cassatiemiddel voor het tweede belangrijke arrest op dit gebied, namelijk het in 1927[101] gewezen arrest *Benima/Rohner*, is wél uitdrukkelijk naar Kosters' opvatting verwezen. Dit kan mogelijk verklaren waarom de Hoge Raad ook de ambtshalve toepassing van een *ongeschreven* conflictregel en het daardoor aangewezen recht verordineerde. Dit is een verschil met het arrest uit 1915, waarin het om een geschreven conflictregel ging.[102] Waardoor het 'omgaan' van de Hoge Raad in 1915 dan wel wordt verklaard, is niet helemaal duidelijk. In de conclusie van de P-G bij het arrest zijn wel verwijzingen naar Assers 'Schets' uit 1880 te vinden, maar dan voornamelijk in verband met het al dan niet imperatieve karakter van art. 10 A.B., de conflictregel die in het geding was. Mogelijk heeft de 'omslag' van de Hoge Raad eerder haar oorzaak in het gegeven dat het een *geschreven* conflictregel betrof en deze een gebiedend karakter had, en heeft de beïnvloeding door Savigny's gedachtegoed, althans wat de status van het conflictenrecht betreft, zich pas later voorgedaan.

Verder is het perspectief van de verwijzingsmethode problematisch, omdat vreemd recht ook buiten het conflictenrechtelijk procedé om relevant kan zijn. Een voorbeeld daarvan betreft het reciprociteitsvraagstuk bij de erkenning van vreemde vonnissen, zoals bijvoorbeeld wordt geëist door *Foreign Judgments (Reciprocal Enforcement) Act 1933*.[103] Deze vraag moet soms aan de hand van deskundigenberichten worden beantwoord.[104] Voorts is in het Engelse strafproces buitenlands recht van belang voor de vraag of de verdachte een misdrijf als bijvoorbeeld bigamie heeft begaan.[105] Ook in dat geval wordt het vreemde recht eveneens als een te bewijzen feit beschouwd.[106] Dit doet afbreuk aan de verklarende werking van het conflictenrecht. De status van het buitenlandse recht kan weliswaar afhankelijk zijn gesteld van de verwijzingsregels die dat recht hebben aangewezen. Maar dat zegt in beginsel niets over de status van vreemd recht dat op grond van andersoortige regels, zoals erkenningsregels, in aanmerking moet worden genomen.

---

99 Steenhoff, *Wetenschap van het internationaal privaatrecht* 1994, p. 388.

100 Kosters, *Internationaal burgerlijk recht* 1917, p. 116.

101 HR 8 april 1927, *NJ* 1927, p. 1110 (*Benima/Rohner*)

102 In *Ehlers & Loewenthal* ging het om een wettelijke conflictregel (Art. 10 AB) die was geschonden. Mogelijk is hiervoor een andere verklaring te vinden, namelijk een die is gelegen in de aard van de rechtsbron.

103 1933 (23 and 24 Geo. 5. C. 13).

104 Bijvoorbeeld in *Habib Bank Limited v Ahmed* [2001] C.P. Rep. 111.

105 Zie Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 78-80.

106 Vgl. *R. v. Naguib* [1917] 1 K.B. 359, op p. 361 (Viscount Reading C.J.). Zie ook Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 78-80. Een verschil is wel dat de *principle of similarity* in een dergelijk geval geen toepassing vindt, zie Dicey, Morris & Collins 2012, p. 344 (no. 9-030).

Deze laatste gaan immers niet uit van dezelfde, voor het conflictenrechtelijk relevante, ratio.

De conclusie is dus dat hoewel de grondslag en methode van het ipr misschien niet doorslaggevend is als verklaring voor de geconstateerde verschillen, dit niet wegneemt dat er een bepaalde correlatie met de processuele status van buitenlands recht kan worden waargenomen. Mogelijk kan de gehanteerde conflictenrechtelijke methode niet zozeer als oorzaak van de processuele status van vreemd recht worden gezien, maar kan zij wel als een theoretische rechtvaardiging van een bestaande praktijk worden beschouwd.

Voor wat betreft de Engelse positie, of beter gezegd, de common law in het algemeen, lijkt de conflictenrechtelijke methode eerder een 'omgekeerd' effect te hebben gehad. Dit houdt in dat de conflictenrechtelijke methode niet zozeer de oorzaak is van de wijze waarop de processuele behandeling van buitenlands recht plaatsvindt, maar dat, omgekeerd, de processuele status van vreemd recht juist de oorzaak is voor de betrokken conflictenrechtelijke methode. Er lijkt een sterk verband aanwezig tussen enerzijds de zogenaamde *fact doctrine*, en anderzijds de *vested rights theory*, zoals verwoord door Schlesinger:[107]

> 'According to the apostles of that theory (vested rights theory, auteur), it is axiomatic that a foreign cause of action is an *obligatio* created by the command of a particular foreign sovereign. The cause of action does not exist apart from the foreign law which creates and defines it. If one accepts this premise, and combines it with the "fact" theory, it follows with logical necessity that a plaintiff who alleges a cause of action governed by foreign law, but fails to allege and prove the relevant command of the foreign sovereign, has failed to show one of the material "facts" of his case and thus must lose (voetnoten weggelaten, auteur).'

Dit verklaart weliswaar waarom een vordering of een verweer wordt *afgewezen* wanneer de inhoud van buitenlands recht niet bewezen wordt, maar het zegt niet waarom, net zoals in Engeland en Wales, het eigen recht wordt toegepast, ongeacht of dat gebeurt als lex fori of op grond van de *presumption of similarity*. Voor de toepassing van de lex fori wordt door Schlesinger echter aangehaakt bij de in de VS eveneens bekende *local law theory*, volgens welke de toepasselijkheid van het eigen recht slechts wijkt wanneer is aangetoond dat daarvoor voldoende rechtvaardiging aanwezig is.[108]

382 Von Savigny's opvattingen

Voor wat Nederland en Duitsland betreft, is het de vraag of de Savigniaanse verwijzingsmethode wel voldoende invloed heeft gehad op het vraagstuk van de processuele status van (conflicten- en) vreemd recht. De redenering die door velen wordt gevolgd, is dat het Savigniaanse conflictenrechtelijke model uitgaat van de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels en van de internationale beslissingsharmonie, zodat rechters, om aan die doelstellingen te kunnen voldoen, het vreemde recht op

107 Zie ook Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 4.
108 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 5 en 10-12.

dezelfde voet moeten toepassen als het eigen recht.[109] Het is de vraag in hoeverre die redenering stand kan houden.

Het is niet onbelangrijk dat Von Savigny zelf van mening was dat het buitenlandse recht dezelfde behandeling moet ondergaan als gewoonterecht, aangezien de academische geschoolde rechter slechts geacht kan worden kennis te hebben van wetten- en geleerd recht.[110] De daarbij belanghebbende partij moet aangeven en bewijzen wat de inhoud van dat recht is. Ook al kan worden toegegeven dat hij deze opvatting vertolkte in een ander deel dan in de voor het ipr relevante 'Achter Band' van zijn *System*, dat ook nog eens negen jaar eerder werd gepubliceerd, neemt dit niet weg dat hij van deze opvatting later niet is teruggekomen.

Men kan evenwel aanvoeren dat Von Savigny de implicaties van zijn eigen leer nog niet helemaal had doorgrond; dat Von Savigny nog een kind van zijn tijd was en om die reden aansluiting zocht bij de gedachte dat rechters het vreemde recht en gewoonterecht niet behoefden te kennen. Dit betekent echter nog niet dat de Savigniaanse verwijzingsmethode ook daadwerkelijk tot de ambtshalve toepassing van vreemd recht noopt. Weliswaar is er volgens die methode sprake van een 'gelijkwaardigheid van rechtsstelsels' en is de 'internationale beslissingsharmonie' een belangrijke doelstelling. Maar deze waarden zien op het ontwerp en de structuur van de verwijzingsregel,[111] die 'regelblind' moet zijn, geen onderscheid mag maken tussen eigen en vreemd recht, en moet leiden tot een internationale beslissingsharmonie. De leer van Von Savigny was bedoeld als een verandering van het systeem waarin vooral de territorialiteitsgedachte centraal stond. Deze opvattingen zijn echter niet bedoeld om tevens het processuele kader te raken waarbinnen conflictregels en regels van vreemd recht toepassing vinden. De Savigniaanse verwijzingsmethode schrijft voor hoe met 'wetsconflicten' moet worden omgegaan, voorzover het conflictenrechtelijke proces al is geopend. Het zegt echter niets over de wijze, waarop het conflictenrechtelijke proces moet worden geopend, zoals de vaststelling van de voor de aanknoping relevante feiten. Ook zegt het niets over de manier waarop de rechter aan zijn kennis van het vreemde recht moet komen. De Savigniaanse methode – net als elke conflictenrechtelijke methode – stelt twee uitgangspunten voorop. Ten eerste wordt aangenomen, dat de voor de rechtsaanwijzing relevante feiten al zijn vastgesteld, voordat de conflictregel wordt toegepast. Ten tweede wordt aangenomen, dat als de rechter vreemd recht moet toepassen, hij ook toereikende kennis van dat recht heeft. Het conflictenrecht bemoeit zich niet met deze twee zaken, maar hanteert ze als axiomata om de verwijzing vorm te geven.

383 Superioriteit van het eigen recht?

In nauwe samenhang met de vraag naar de conflictenrechtelijke methode, wordt ook wel aangevoerd dat de niet-ambtshalve toepassing van het vreemde recht de superioriteit van het eigen recht ten opzichte van het vreemde recht zou

109 Zie Sass, *AJCL* 1968, p. 358.

110 Savigny, *System. Erster Band* 1840, no. 30, p. 190-191. Zie het in paragraaf 6.2.2. aangehaalde citaat.

111 Anders: Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 76.

impliceren.[112] Dit argument houdt in dat, omdat het Engelse recht 'superieur' zou zijn aan vreemd recht, de partij die zich op het 'inferieure' vreemde recht wenst beroepen, dit dan ook heeft te bewijzen als een feit. Regelmatig wordt ook de koloniale geschiedenis van het Britse rijk aangehaald om de 'fact doctrine' of de 'presumption of similarity' te verklaren, alsof het een uiting van koloniaal superioriteitsgevoel is.[113] Zoals ook Geeroms stelt,[114] is het voor twijfel vatbaar of het 'superioriteitsgevoel' van de (Engelse) common law enigerlei invloed heeft op de processuele status van vreemd recht. Het verhoudt zich bijvoorbeeld slecht met de in het Engelse ipr gehanteerde *comity doctrine*, op grond waarvan wel is geoordeeld dat '[t]he courts will not enforce a contract made between parties to break the laws of a foreign State.'[115] Indien de meerderwaardigheid van het eigen recht inderdaad een sterk argument zou zijn, had een dergelijke 'bescherming' van het recht van een vreemde staat niet voor de hand gelegen. Indien het gebaseerd zou zijn geweest op de voormalige rol als kolonisator, had de *fact doctrine* ook beperkt kunnen zijn tot het lokale recht uit de overzeese gebiedsdelen. Om de een of andere reden is die uiterste consequentie niet getrokken. Mogelijk is de gedachte dat superioriteit van het eigen recht doorslaggevend is geweest voor de totstandkoming van de *fact doctrine* gebaseerd op een retrospectieve drogreden. Omdat de Savigniaanse uitgaat van een 'gelijkwaardigheid van rechtsstelsels' bij het opstellen van de conflictregel, wordt daaruit mogelijk de gevolgtrekking gemaakt dat 'dus' de andere theorieën wel op de vermeende superioriteit van de lex fori moeten zijn gebaseerd.

6.2.4 De 'rechtstoepasser' en zijn omgeving: gerechtelijke organisatie en processuele traditie

384 Procescultuur

Een andere invalshoek om de verschillen tussen de geselecteerde rechtsstelsels te verklaren, kan worden gevonden in de gerechtelijke cultuur en de processuele inbedding van de rechtstoepassing. Geeroms heeft al gewezen op de aard van de gerechtelijke procedure als verklaring voor de verschillen tussen de Engelse, Amerikaanse en continentale posities.[116] De taakopvatting van de rechtstoepasser – ongeacht of dit nu de jury of de rechter is – en de processuele inbedding kunnen inderdaad van invloed zijn om de verschillen in uitkomsten te verklaren. In deze paragraaf zal het gekozen gezichtspunt iets ruimer worden getrokken en zullen ook

112 Zie daarover Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 228, no. 3.25.

113 Zie de Supreme Court Procedure Committtee Report on Practice and Procedure in Defamation, juli 1991, no. V. 5, waar de 'presumption' wordt geduid als '(…) curiously egocentric in the post-imperial age.'

114 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 228, no. 3.25.

115 Aangehaald bij L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht: verkenningen op een kruispunt van methoden* (diss. Uva), Deventer: Kluwer 1978, p. 47, en Kahn-Freund 1960, p. 52.

116 Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 224-233. Hoewel zij de Engelse en Amerikaanse stelsels vrij uitvoerig behandelt met betrekking tot het karakter van de procedure en de 'judicial culture', blijft zij inzake de continentale stelsels steken op de aard van het wettenrecht en de bevordering van het Romeins recht. Deze zijn in dit hoofdstuk al behandeld in par. 6.3.2.

de tradities van juridische beroepsbeoefenaren en hun opleiding of vorming worden behandeld.

Om te beginnen kan het verschil in de aard van het procesrecht een rol spelen. Het procesrecht in common law stelsels wordt vaak als '*adversarial*' gekarakteriseerd en afgezet tegen het continentale procesrecht dat – zij het ten onrechte – als meer inquisitoir wordt gezien.[117] Wanneer de rechtscultuur erop is gericht dat partijen de procedure in de hand hebben, zou daaruit ook volgen dat de toepassing van vreemd recht door hen wordt beheerst en dus door hen moet worden bewerkstelligd. Ook had de jury in het Engelse procesrecht een belangrijke rol, die op het gebied van het buitenlandse recht pas met de inwerkingtreding van de *Supreme Court of Judicature (Consolidation) Act*[118] in 1925 was uitgespeeld. Voorts kende het Angelsaksische procesrecht de eigenschap van het *ex tempore* vonnis,[119] waarbij een rechter direct na een zitting uitspraak doet. Om die reden speelde een degelijke instructie van de rechter door de advocaten van partijen dan ook een grote rol.[120] Aangezien de advocaten van de partijen geen deskundigheid op het gebied van het vreemde recht hebben, is het ook niet verwonderlijk dat zij deze deskundigheid via experts moesten verkrijgen. Het past in de procesrechtelijke traditie, volgens welke partijen een grote invloed op het juridisch debat in een procedure hebben.

In *civil law*-landen oefent de rechter daarentegen meer invloed uit op de procesgang en draagt deze daarom ook de verantwoordelijkheid voor het onderzoek naar buitenlands recht. Daarvoor spreekt dat rechters vaak uitspraak doen na een bepaalde termijn, zoals veertien dagen, zodat zij in de tussentijd zelf het een en ander kunnen nagaan. Verder kent de (civiele) rechtspraak op het continent ook vaak een sterke ambtelijke ondersteuning. Niet alleen is er de griffie, die een belangrijke rol speelt, maar vaak zijn er tevens stafjuristen en, in het geval van de Hoge Raad, ook medewerkers van een wetenschappelijk bureau, die conceptbeslissingen kunnen schrijven. Een jury heeft de continentale rechtspraak niet altijd gekend; voor zover deze bestond, speelde deze een rol in de strafrechtspraak. In de twee continentale rechtsstelsels die voor het onderhavige onderzoek zijn geselecteerd – Nederland en Duitsland – heeft de jury in ieder geval geen voet aan de grond gekregen. De nadruk ligt in het civil law-proces vooral op de *materiële* waarheidsvinding: de in de procedure vaststaande feiten omstandigheden behoren zoveel mogelijk overeenkomstig de waarheid te zijn. Dit is het verschil met de common law-procedure, waar voornamelijk een *formele* waarheidsvinding wordt nagestreefd.

385 Engeland en Wales

De invloed van een processuele cultuur met inbegrip van de daarmee (inherent) verbonden tradities lijkt een goede verklaring op te leveren voor de geconstateerde

117 Zweigert & Kötz, *Introduction* 1998, p. 273-274.

118 15 & 16 Geo. 5, c. 49, s. 102.

119 Zie paragraaf 4.2.3.

120 Vgl. Brooke LJ, in *Copeland v. Smith and Another* [2000] 1 WLR 1371, op p.1375-1376 . Ook *Andrews on Civil Processes* 2013, p. 799.

verschillen. Wanneer er immers een procescultuur bestaat waarbij voor de uitkomst van het geding meer verantwoordelijkheid aan partijen wordt overgelaten, volgt daaruit logisch voort dat ook de vaststelling van de inhoud van het vreemde recht aan partijen wordt overgelaten. Omgekeerd geldt dat wanneer de rechter juist meer invloed op de loop en de uitkomst van het geding heeft, aan hem ook meer verantwoordelijkheid wordt toegekend voor de (juiste) toepassing van het buitenlandse recht. Een dergelijke procescultuur vertaalt zich ook in de positie van de procesvertegenwoordigers van de partijen in een procedure. Wanneer raadslieden zogenaamde '*officers of the court*' zijn, zoals bij Engelse solicitors het geval is, zal het tot hun taken behoren om de rechter naar behoren te informeren.[121] Deze plicht reikt zover, dat zij tevens verplicht zijn om 'authorities' aan te voeren die de positie van hun cliënt niet noodzakelijkerwijs ondersteunt.[122] Dit verklaart eveneens het gegeven dat ze gedurende lange tijd immuun waren voor aansprakelijkheid op grond van *professional negligence*:[123]

> 'But, as an officer of the court concerned in the administration of justice, he has an overriding duty to the court, to the standards of his profession, and to the public, which may and often does lead to a conflict with his client's wishes or with what the client thinks are his personal interests. Counsel must not mislead the court, (...), he must not withhold authorities or documents which may tell against his clients but which the law or the standards of his profession require him to produce (mijn weglating, auteur).'

Een dergelijke opvatting over de taak van 'advocates' verklaart de Engelse rechtspraak volgens welke de rechter niet zonder meer buiten het juridisch debat van partijen om eigen onderzoek naar 'authorities' mag doen, zelfs niet wanneer het gaat om de toepassing van hun eigen recht. De verantwoordelijkheid voor de juiste toepassing van het (eigen) recht ligt ook bij de (raadslieden van de) procespartijen. Een adagium als *iura novit curia* biedt voor stelsels als het Engelse geen oplossing en is dus geen algemeen geaccepteerd beginsel van procesrecht.[124] Het is dan ook niet verwonderlijk dat de rechters (nog) passiever zijn wanneer het om vreemd recht gaat. Het verklaart dat een formele benadering wordt gekozen om de inhoud van dat recht door deskundigen te doen vaststellen. Terwijl bij de toepassing van het eigen recht nog gebruik kan worden gemaakt van argumenten die door partijen worden aangevoerd, is er bij buitenland recht extra 'gezag' vereist in de vorm van experts. Dit is anders in het Nederlandse en Duitse stelsel, waar geldt dat wanneer advocaten slechts het partijbelang behoeven te dienen, er meer aan de rechter wordt overgelaten. Rechters moeten daarom, wanneer het eigen recht van toepassing is,

---

121 Zie ook D.A. Ipp, 'Lawyers' duties to the courts', *L.Q.R.* 1998, p. 63-107, op p. 78-79. Het is echter niet geheel duidelijk of barristers ook als 'officer of the court' moeten worden gezien, zie idem, p. 66. Normaliter worden alleen solicitors als zodanig bestempeld (zie, o.a., *Blackstone's Civil Practice* 2015, no. 21.2).

122 Zie ook D.A. Ipp, 'Lawyers' duties to the courts', *L.Q.R.* 1998, p. 63-107, p. 79.

123 *Rondel v. Worsley* [1967] 1 A.C. 191 (HL), op p. 227 (per Reid L.J.). De immuniteit van zgn. 'advocates' is inmiddels niet langer onvoorwaardelijk, zoals blijkt uit *Arthur J S Hall & Co (A Firm) v Simons Barratt v Woolf Seddon (A Firm) Harris v Scholfield Roberts & Hill (A Firm)* [2000] 3 W.L.R. 534; [2002] 1 A.C. 615.

124 Isele, *Int. A.L.R.* 2010, p. 16-17.

ongeacht de stellingen van partijen de rechtsgronden aanvullen: *da mihi facta, dabo tibi ius*.

386 Duitsland

Voor Duitsland geldt bovendien nog dat in een periode in de geschiedenis van Pruisen de procesvertegenwoordiging afgeschaft was en de rechter ambtshalve op de vordering van partijen moest beslissen, waarbij de waarheid zoveel mogelijk moest worden benaderd.[125] In een later stadium is daarvan teruggekomen, waarbij op grond van het werk van de Duitse jurist Gönner de *Verhandlungs-* en *Untersuchungsmaxime* werd ontwikkeld.[126] Hoewel ook dat strikte onderscheid tussen beide *Maximen* in een later stadium is verlaten, neemt dit niet weg dat er een procescultuur is ontstaan waarin ambtshalve rechterlijk handelen een vanzelfsprekendheid is, ook wanneer vreemd recht het geschil beheerst. Met betrekking tot de opleiding en vorming van juridische beroepsbeoefenaren, lijkt de nadruk in het Duitse systeem vooral op de vorming van rechters gelegd te worden. Rechtenstudenten krijgen een brede opleiding, waarbij ze een eerste en tweede 'Staatsexamen' moeten afleggen. Deze 'Einheitsjurist' is op deze wijze geschikt voor het ambt van rechter; de vorming van advocaten (*Rechtsanwälte*) is van ondergeschikte aard.[127] Deze nadruk op het rechterschap kan ook verklaren waarom er in het Duitse procesrecht de neiging aanwezig is om zowel eigen als vreemd recht ambtshalve toe te passen. Wanneer het rechterschap, met bijbehorende onpartijdigheid, het perspectief is van waaruit juristen worden opgeleid, zal mogelijk de taakvervulling door de rechter een belangrijker rol in de procescultuur spelen dan de verantwoordelijkheid van partijen voor het verloop van hun eigen geding.

387 Nederland

Voor de Nederlandse situatie lijkt de processuele cultuur echter paradoxaal te zijn. De lijdelijkheid van de rechter schijnt via de gezaghebbende processualist Van Boneval Faure zijn oorsprong te hebben in het Duitse *Verhandlungsmaxime*,[128] dat in de 19de eeuw weer het uitgangspunt van het Duitse burgerlijk proces is geworden na de '(…) Pruisische, grotendeels mislukte, experimenten'.[129] In zoverre is sprake van een vorm van vrijwillige receptie. In de vrij liberale samenleving van destijds zal een dergelijk beginsel, als uiting van een zo klein mogelijke overheidsbemoeienis, in goede aarde zijn gevallen.[130] Toch overtuigt dit niet als verklaring voor de waargenomen verschillen tussen de onderzochte stelsels. Want wanneer aan de lijdelijkheid van de rechter tijdens een groot deel van (mede) de twintigste eeuw zo strikt de hand werd gehouden, is het niet duidelijk waarom dan reeds in 1915 de ambtshalve

125 Dit betrof de regeerperiode van Frederik I van Pruisen, zie daarvoor Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 9. Voor achtergrondinformatie, zie Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 280-287.

126 Zie Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 8-11.

127 Th. Lundmark, *Charting the Divide Between Common Law and Civil Law*, Oxford: OUP 2012, p. 163.

128 Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 6-8.

129 Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 11.

130 Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 7.

toepassing van buitenlands recht werd voorgeschreven. De lijdelijkheid van de rechter, die tot ver in de twintigste eeuw heeft voortgeduurd, heeft daarop dan althans weinig invloed gehad.

388 Niet-gerechtelijke autoriteiten

Voor de rechtstoepassing door autoriteiten die niet tot de rechterlijke macht behoren, is er een duidelijke parallel te zien tussen de verschillende rechtsstelsels. Er is geen expliciete verplichting voor dergelijke autoriteiten op grond waarvan zij vreemd recht uit eigen beweging moeten toepassen.[131] Een verklaring daarvoor kan worden gevonden in het feit dat dergelijke autoriteiten qua aard of functie op elkaar lijken. Dergelijke functionarissen en beroepsbeoefenaren komen weliswaar met buitenlands recht in aanraking, maar zij benaderen het op een andere manier dan rechters dat normaliter doen. In plaats van vreemd recht toe te passen, houden zij er rekening mee wanneer zij hun handelingen verrichten. Vreemd recht is met andere woorden voor hen vooral een handelingsprobleem dat zij tegenkomen. *Solicitors* en notarissen moeten akten opstellen die geldig zijn en ambtenaren van de burgerlijke stand registreren soms namen van vreemdelingen overeenkomstig vreemd recht. Ook speelt mee dat in de verschillende landen een andere opvatting over 'buitengerechtelijke autoriteit' bestaat.

389 Conclusie

Dus hoewel de processuele traditie en de mate van lijdelijkheid van de rechter een zekere invloed gehad kan hebben op de taakverdeling tussen rechter en partijen op het gebied van het buitenlands recht, lijkt dit toch geen volledige verklaring daarvan op te leveren. Het lijkt dus dat er nog een andere, meer overtuigende, verklaring moet worden gezocht. Deze kan worden gevonden in de ontwikkelingen van de rechtsbronnen en de kenbaarheid daarvan, zoals deze zich gedurende de laatste eeuwen hebben voorgedaan.

6.2.5 Historische ontwikkeling van de rechtsbronnen

390 Rechtshistorische verklaring

Naast een beroep op de conflictenrechtelijke methode of de procedurele tradities, is voor de verschillen in behandeling van buitenlands recht in de civiele procedure ook wel een verklaring gevonden die in de rechtsgeschiedenis is geworteld. Deze opvatting knoopt aan bij de ontwikkeling van de rechtsbronnenleer zoals deze zich in de loop der eeuwen heeft voorgedaan en leidt daaruit af dat bepaalde rechtsbronnen vanwege hun aard een andere behandeling kregen dan andere. Door meer of juist minder bekendheid met het toe te passen complex van rechtsnormen

131 Afgezien van het Nederlandse art. 10:2 BW, waarvan is gezegd dat de plicht tot ambtshalve toepassing zich ook uitstrekt tot niet-gerechtelijke autoriteiten. Zie *Kamerstukken II* 2009-10, 32 137, nr. 3, p. 8.

zouden rechters afwisselend een meer of juist minder actieve houding aannemen.[132] Hoe bekender de rechtsnorm is, des eerder zal de rechter geneigd zijn om ambtshalve op te treden. Daarentegen geldt dat hoe minder bekend de rechtsnorm is, des te eerder de rechter het initiatief aan de procespartijen zal overlaten en des te formeler de rechterlijke attitude zal zijn ten opzichte van die rechtsnorm. Ook de behandeling van vreemd recht, dat de rechter uit de aard der zaak onbekend is, wordt in dat licht beschouwd. Om aannemelijk te zijn als verklaring voor de geconstateerde geschillen, is het van belang of op grond van deze benadering kan worden verklaard waarom het Nederlandse en Duitse stelsel aansluiting zoeken bij het adagium *iura novit curia* om hun benadering van vreemd recht te rechtvaardigen, terwijl het Engelse stelsel zich juist op de *fact doctrine* richt.

391 Geen instituut van Romeins recht

Om te beginnen is *iura novit curia*, ondanks de Latijnse benaming van dat adagium, geen instituut van Romeins recht.[133] Het leerstuk is dan ook niet via de receptie van het Romeinse recht in de Europese rechtsstelsels terechtgekomen. In het oude Rome waren ambtsdragers veelal niet juridisch geschoold en werd vaak gebruik gemaakt van juridische kennis van bijzondere categorieën van personen. Welke personen dit waren, was afhankelijk van de periode en van het soort proces, zoals het *actio legis*-proces, het *formula*-proces en het *cognitio*-proces. Tot die middelen kan het *consilium* worden gerekend. Dit was een raad van vertrouwelingen waarop de *pontifex* of, later, de *praetor*, terug kon vallen wanneer deze juridisch advies nodig had voor zijn beslissing. Ten tijde van de republiek en het vroege keizerrijk was het niet ongebruikelijk dat de partijen zelf advies inwonnen bij een jurist (*iuris consulti*) en deze adviezen inbrachten in de procedure. Deze 'legal opinions' *avant la lettre* waren veelal nodig, omdat noch de rechter (*iudex*), noch de advocaat (vaak een *retor*) een geschoold jurist was. Het advies was niet bindend voor de rechter. In een latere periode werd door keizer Hadrianus het recht om adviezen te verlenen (*ius respondendi*) beperkt tot een selecte groep geprivilegieerde juristen. Ook nam in de late keizertijd de professionalisering van de keizerlijke kanselarij toe, zodat rechters uit de provincie ook vragen konden stellen aan ambtenaren. Deze *rescripta* waren wel bindend.

392 Rechtsverscheidenheid en geleerd recht

Hoewel *iura novit curia* zelf dus niet als een beginsel van Romeins recht valt te beschouwen, is zij wel het gevolg van de receptie van dat recht in het middeleeuwse Europa. Tegen de achtergrond van het destijds geldende recht, dat na de val van het Romeinse recht voornamelijk was gaan bestaan uit het gewoonterecht met aanvulling van lokale *statuta* (zoals keuren, ordonnantiën, etc.), droeg het nieuwe geleerde recht een eigenschap in zich die de processuele behandeling ervan zou gaan bepalen.

---

132 Voor een uitgebreide bespreking van met name de Duitse situatie, zie ook B. Centner, *Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019, p. 33-82.

133 Zie, ook voor het Romeinse burgerlijk procesrecht in het algemeen, Kaser, *Das römische Zivilprozeßrecht* 1966, i.h.b. p. 119, vtnt 31, en p. 358, vtnt. 36.

De reeds bestaande rechtsbronnen in die tijd waren de rechter immers niet noodzakelijkerwijs bekend. Zo is het voor de totstandkoming van een regel van gewoonterecht vereist dat sprake is van een bestendig gebruik (*usus*), waarvan de rechtssubjecten menen dat deze als een rechtsregel moet worden gezien (*opinio iuris*). Hoewel lokale *statuta* vaak nog nageslagen konden worden in speciale statutenboeken,[134] moest het gewoonterecht daarentegen door (een van) de partijen worden (gesteld en) bewezen, tenzij het een notoire gewoonte betrof.[135] Dit bewijs kon overigens op verschillende wijzen worden geleverd. Zo vond dit in Frankrijk en de Nederlanden vaak plaats door een zogenaamd *turbe*-onderzoek, ook wel '*inquisitio per turbam*' genoemd.[136] Dit onderzoek kon worden ingesteld op verzoek van partijen of ambtshalve door de rechter worden geïnitieerd en bestond uit een van te voren vastgesteld minimumaantal 'leken', die geacht werden het lokale gewoonterecht te kennen.[137] Een bijzonder hulpmiddel waarvan in de Bourgondische Nederlanden gebruik gemaakt kon worden, waren de op last van Karel V – het zogenaamde 'homologatiebevel' van 1531 – opgemaakte 'costumen'.[138] Dit waren optekeningen van het gewoonterecht, die oorspronkelijk dienden te worden opgestuurd naar Brussel als het bestuurscentrum van de Bourgondische Nederlanden om aldaar te worden goedgekeurd ('homologatie'). Hoewel oorspronkelijk bedoeld als basis voor een toekomstige unificatie van het recht, werd ook in gerechtelijke procedures van deze costumen gebruik gemaakt door ze te benaderen als *prima facie* bewijs van het geldende gewoonterecht. Aangenomen werd namelijk dat het gewoonterecht luidde zoals beschreven werd in de costumen, tenzij door (een van) de partijen het bewijs van het tegendeel werd geleverd. Omdat hun gezag nog steeds was gelegen in de gewoonte die eraan ten grondslag lag en niet in hun geschreven karakter, werden de costumen niet beschouwd als 'geschreven recht' in tegenwoordige zin.[139] Desalniettemin werd de toepassing van het gewoonterecht daardoor wel vereenvoudigd.

Het sinds de ontdekking van het *Corpus Iuris Civilis* bestudeerde Romeinse recht, in combinatie met de opkomst van het canonieke recht, bracht daarin verandering. Deze beide rechtsgebieden werden immers bestudeerd, wat leidde tot de opkomst van de rechtenfaculteiten in Europa. De afgestudeerde juristen kregen veelal invloedrijke positie, als secretaris van een gerecht of bij het hof van een landsheer. In deze functies konden zij hun kennis van het geleerde recht langzaam maar zeker toepassen in de praktijk. Het proces van de receptie van het Romeinse recht leidde ertoe dat er uiteindelijk een stand van beroepsjuristen kwam, die ervoor zorgde dat

134 Er bestaat verschil van inzicht over de vraag, in hoeverre de rechter verplicht was om deze ook daadwerkelijk uit eigen beweging na te gaan. Bevestigend: Schaap, *Puchta's kritiek* 1991, p. 26-27. Anders: Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 15, die impliceert dat de rechter ook het statutenrecht niet hoefde te kennen.

135 Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 353.

136 Aldus Gilissen 1989, p. 38-39; Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 136-137.

137 Soms kon gewoonterecht ook op andere manieren, worden gekend, zoals door de zogenaamde 'wijsdommen', het 'te hoofde gaan', en door opgetekend gewoonterecht (anders dan op overheidsgezag, zoals bij de costumen). Zie daarvoor Gilissen 1989, p. 39- 47; Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 136-137.

138 Uitgebreider: Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 342-345.

139 Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 352-353.

het Romeinse recht in meer of mindere mate in de stelsels van het lokale landsrecht werd opgenomen. Dit recht werd meestal als subsidiair recht toegepast, waarop teruggevallen kon worden als het lokale recht ofwel niet duidelijk was ofwel geen regeling gaf voor het voorliggende probleem. Uiteindelijk kregen ook de rechters steeds vaker een academische achtergrond. De opkomst van een adagium als *iura novit curia*, de rechter kent het recht, werd daarmee een feit. Waarom zou een partij immers moeten bewijzen wat het recht is, indien de rechter dat al kent? Om die reden wordt het adagium als een 'post-glossatoor' of 'na-middeleeuws' leerstuk gezien.[140]

393 Codifcaties

In een latere fase heeft zich een andere ontwikkeling inzake de rechtsbronnenleer voorgedaan. Dit is de overgang van het pluriforme landschap van het recht, onderverdeeld in Romeinse recht, *statuta* en gewoonterecht, naar een meer gecentraliseerde opvatting van recht in de vorm van codificaties. De Verlichting speelde daarbij een belangrijke rol. Het recht mocht in die opvatting immers niet langer het privilege van het gilde van rechtsbeoefenaren als rechters of advocaten zijn. Het recht werd gezien als een publiek goed, dat door de 'volonté générale' werd bepaald en daartoe, om voor de burgers toegankelijk te zijn, ook in wetgeving diende te worden opgenomen. Rechters werden geacht dat recht te kennen, niet alleen door het bestuderen ervan, maar ook omdat de wetten officieel werden afgekondigd. De fictie 'eenieder wordt geacht de wet te kennen' (*nemo census ignorare ius*) kon aldus worden gehandhaafd. Hoewel het Romeinse recht dus niet meer toepasselijk was, en zelfs officieel werd afgeschaft, bleef de door de receptie van dat recht tot stand gekomen leerstukken wel intact. Dit gold ook voor het adagium *iura novit curia*. Terwijl in de tijd van het *Ancien Régime* vooral de door studie opgedane rechtskennis van belang was om deze laatste fictie te handhaven, kwam daar in de periode van de Verlichting ook nog de afkondiging bij. Wisten rechters het recht niet, dan konden zij het althans weten.

In dezelfde lijn van redeneren kan ook de codificatiegedachte een verklaring vormen voor de latere ambtshalve toepassing van buitenlands recht. Indien het recht immers wordt vastgelegd in wetboeken en, overeenkomstig de idealen van de Verlichting, de rechter niets meer is dan de 'spreekbuis van de wet',[141] volstaat het om kennis te nemen van het betreffende wetboek om te weten wat het recht zegt. Wanneer de nadruk komt te liggen op geschreven wetten, kan de gedachte gemakkelijk postvatten dat ook buitenlandse wetten even gemakkelijk geraadpleegd kunnen worden als de eigen wet; waarom dan niet allebei ambtshalve toepassen?

---

140 Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 94, resp. Chorus, *Lijdelijkheid* 1987, p. 18. In algemene zin, zie Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden* 1970, p. 3-19.

141 Zie Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 23-24.

394 Situatie in Engeland en Wales

In Engeland en Wales was de situatie anders. Daar is de rechtseenmaking vooral ingezet in de periode volgend op de Slag bij Hastings,[142] waarin de Normandiërs de centrale macht in dat land hebben verkregen. De plaatselijke rechtbanken, die voornamelijk rechtspraken op basis van het gewoonterecht, werden daarbij langzaam maar zeker verdrongen door de Engelse *curiae regis*, de koninklijke rechtbanken, die een aanvullende jurisdictie hadden. Deze rechters, die vaak rondreisden, spraken recht op basis van het gemene Engelse recht (common law). Nadat deze koninklijke rechters zich hadden gevestigd, werden zij op een gegeven moment dominant in het Engelse rechtsbedrijf, en stootten ze ook andere gerechten, zoals de 'admiralty courts', opzij. De gewoonte werd onderworpen aan het bewijs. Toen common law-rechters, die eigenlijk vooral feodale zaken beoordeelden, ook toestonden dat buitenlands recht werd toegepast,[143] gebruikten zij de fictie dat vreemd recht een feit is dat moet worden bewezen. Dit gebeurde in de bekende zaak *Mostyn v Fabrigas* uit 1774.[144]

Het centrale begrip waarmee de mate van de aanwezige 'rechtskennis' van de Engelse rechter wordt geduid is niet het '*iura novit curia*' van het continent, dat immers op een sterk academisch onderscheid tussen 'recht' en 'feit' is gebaseerd.[145] Eerder kan de Engelse positie worden begrepen in het licht van het pragmatischer concept van '*judicial notice*'. Op grond van dat laatste wordt uitgegaan van de proceselementen die geacht kunnen worden bij de rechter bekend te zijn. Dit verklaart grotendeels de Engelse positie: er was daar immers geen sprake van een gecodificeerd stelsel, geen stelsel van geleerd recht en de common law werd gezien als een 'custom of the court'.[146] Enigerlei rechtsbron of overig proceselement waarvan de rechter niet op de hoogte kon zijn, moest dienovereenkomstig worden bewezen als een feit,[147] zogenaamde '*public Acts*' inbegrepen. Het is wellicht veelzeggend dat de eerste rechterlijke uitspraak waarin vreemd recht als een feit werd gekwalificeerd, was gewezen door Lord Mansfield, die ervaring had met de *Law Merchant* en derhalve met het bewijs van handelsgebruiken.[148]

---

142 Zie Zweigert & Kötz, *Introduction* 1998, p. 182. Om die reden wordt het jaartal 1066, waarin deze gebeurtenis plaatsvond, wel als het begin van de Engelse rechtsontwikkeling gezien, net zoals het jaar 1070, waarin het *Corpus Iuris Civilis* werd herontdekt, als startpunt voor de civil law-traditie wordt gezien.

143 Voorheen werd voornamelijk met ficties gewerkt, zoals de fictie dat een internationale overeenkomst in Engeland gesloten was. Dit had te maken met de rol van de jury, die uit lokale leden bestond. Zie *Robinson v. Bland* (1760) 2 Burrow 1077, op p. 1078 en 1088 (herdruk in: 97 Eng. Rep. 717, op p. 718 en 719) (Lord Mansfield), en Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 32-33.

144 *Mostyn v Fabrigas* (1774) 1 Cowp. 161.

145 Zie K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München: Beck 1967, p. 18, vtnt. 8.

146 Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 427.

147 Zo ook A.R. Miller, 'Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine', *Mich. L. Rev.* 1967, p. 618.

148 Zajtay, IECL, p. 5; R.B. Schlesinger, 'Die Behandlung des Fremdrechts im Amerikanischen Zivilprozess', *RabelsZ* 1962, p. 56.

Daar komt bij dat Engeland en Wales pas in een latere fase een systeem van conflictenrecht hadden ontwikkeld, aangezien hun geïsoleerde positie dat niet eerder vereiste. Verder was tot 1920 het oordeel over vreemd recht aan de jury toevertrouwd. Bovendien hebben Engeland en Wales ook niet de codificatiebeweging gekend zoals deze op het continent aanwezig was, met de fictie dat de officiële afkondiging van wetgeving volstaat om te veronderstellen dat kennis daarvan aanwezig is. Het analoog toepassen van '*iura novit curia*', zoals dat in interne gevallen gebeurde, op internationale gevallen is geen logische stap, wanneer dat adagium niet eens voor het eigen recht met zoveel woorden aanvaard was.

395 Rechtsbronnenleer als verklaring

Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat het ontbreken van kennis van de relevante rechtsbron mogelijk van doorslaggevend belang was voor de vraag naar de processuele status ervan. In de literatuur stelt Sass[149] dat naast praktische redenen ook rechtspolitieke oorzaken aanwezig waren die de benadering van vreemd recht kunnen verklaren. Zo zouden in Engeland en Wales de common law-gerechten hun jurisdictie ten koste van andere gerechten hebben willen uitbreiden, met inbegrip van de rechtsstelsels die door die gerechten werden toegepast, door bewijs te verlangen van rechtsbronnen die niet de common law betroffen, waaronder het vreemde recht. Maar ook in civil law-landen zouden de geschoolde juristen hebben geprobeerd om de invloed van het normaliter subsidiair geldende Romeinse recht uit te breiden, mede door het lokale landsrecht op een restrictieve wijze uit te leggen. Zo kon gemakkelijker op het Romeinse recht worden teruggevallen en werd vreemd (gewoonte)recht zo veel mogelijk buiten de deur gehouden.

Hoewel niet ontkend kan worden dat de opkomst van zowel de common law in Engeland en Wales als van het geleerde recht in continentaal Europa tot de nodige maatschappelijke spanningen en machtsstrijd heeft geleid, is het de vraag of dit gegeven ook de processuele behandeling van vreemd recht kan verklaren. Weliswaar was er sprake van competitie tussen de verschillende Engelse *courts of law* en *courts of equity* en ook de opkomst van de juristenstand sedert de Middeleeuwen, geoefend in het geleerde recht aan universiteiten als die van Bologna en Orléans, werd met argusogen bekeken door andere maatschappelijke standen uit die tijd. Of dit echter een reden is geweest om vreemd recht en gewoonterecht als te bewijzen feit te beschouwen, is voor twijfel vatbaar. Om te beginnen heeft het beginsel *iura novit curia* reeds in het oudvaderlandse recht van de Nederlanden een sterke positie verworven.[150] Voorts was het in Duitsland vooral Puchta die een sterke invloed heeft doen gelden op de voorganger van het huidige § 293 ZPO, namelijk § 265 Civilprozeßordnung. Puchta was geen voorstander van het bewijs van gewoonterecht en meende dat ook in vroeger tijden niet sterk de hand werd gehouden aan dit uitgangspunt.[151] Voorts verklaart de vermeende 'schoolstrijd' tussen de verschillen-

149 Sass, *AJCL* 1968, p. 335 e.v.

150 Zie Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden* 1970, no. 6-7.

151 Zoals besproken bij Schaap, *Puchta's kritiek* 1991, i.h.b. p. 1-6 en p. 33-40.

de gerechten niet waarom Engelse rechters ook terughoudend zijn met de toepassing van hun eigen recht en wat dat betreft veel aan het partij-initiatief – en met name de *counsels* – overlaten. Wanneer men de *common law* had willen bevorderen, zou men dan niet juist een actieve houding van de rechter hebben verwacht? In zoverre Engelse rechters een actievere rol hebben gekregen, is dat voornamelijk het gevolg van een aantal hervormingen van de 20ste eeuw, de *Woolf reforms* voorop.

Verder wordt door deze benadering duidelijk waarom vreemd recht als een feit werd behandeld, maar niet waarom sommige staten in een later stadium juist een ommekeer hebben gemaakt. Sterker nog: juist in de landen waar het geleerde recht minder invloed heeft uitgeoefend, zoals in Frankrijk, heeft juist gedurende lange tijd de 'feit'-benadering van vreemd recht gegolden, terwijl in landen met een sterkere Romeinsrechtelijke traditie, zoals Nederland en Duitsland, juist eerder is aangeknoopt bij *iura novit curia*. Zo beschouwd heeft de invloed van het geleerde recht, zij het misschien indirect, eerder een positieve bijdrage geleverd aan de ambtshalve toepassing van een vreemd rechtsstelsel. Verder is het de vraag of een dergelijke maatschappelijke 'samenspanning' van een bepaalde beroepsgroep niet wordt overdreven.

396 Zwaktepunt van de verklaring

Tot zover laat deze theorie goed zien waarom het buitenlandse recht in sommige rechtsstelsels als een 'feit' bewezen moest worden. Door dit recht te contrasteren met rechtsbronnen die de rechter wel kende of behoorde te kennen, ongeacht of dit het geleerde recht of het geschreven recht betrof, is de logische gevolgtrekking dat vreemd recht 'onbekend' recht was en om die reden, net als het gewoonterecht destijds, bij wege van verlegenheidsoplossing tot de bewijzen feiten werd gerekend. De scheidslijn tussen ambtshalve toepassing enerzijds en bewijs door partijen anderzijds wordt niet getrokken langs de lijnen van de staats- of territoriumgrenzen, zoals het geval is bij de opvatting de verschillen poogt te verklaren aan de hand van conflictenrechtelijke methode.[152] Ook wordt de scheidslijn niet getrokken tussen 'superieur' of 'inferieur' recht, zoals bij de leer die aansluit bij het tegenstelling tussen feit en recht.[153]

Wat deze opvatting echter (nog) niet goed verklaart, is waarom in sommige stelsels, zoals het Duitse en het Nederlandse, op een gegeven ogenblik de conclusie is getrokken dat vreemd recht ook ambtshalve toegepast moet worden. Het is immers begrijpelijk dat met de opkomst van het geleerde recht en de daarmee inherent verbonden doctrine van *iura novit curia* het vreemde recht, dat tot aan de codificaties immers vaak ook gewoonterecht betrof, dezelfde behandeling als gewoonterecht krijgt en dus aan bewijsverrichtingen wordt onderworpen.[154] Het is ook begrijpelijk dat met de opkomst van de natiestaat en de daarmee gepaard gaande centralisering van overheidsmacht en codificatie van het recht, het *iura novit curia* ook een leidend

152 Zie paragraaf 6.2.3.
153 Zie paragrafen 6.2.2. en 6.2.3.
154 Zo ook Sass, *AJCL* 1968, p. 357.

beginsel bij de toepassing van het gecodificeerde recht wordt. Maar waarom ook vreemd recht, dat noch van staatswege was afgekondigd, noch bij de rechter bekend kon worden geacht?

Om aan die schijnbare paradox te ontsnappen, doet Sass een beroep op de conflictenrechtelijke methode. Immers, wanneer de internationale beslissingsharmonie tot het nieuwe dogma is verheven en de partijen mogen verwachten dat het recht wordt toegepast waarmee hun rechtsverhouding het nauwst is verbonden, ongeacht waar de zaak aanhangig is gemaakt, zou dit betekenen dat rechters ambtshalve de conflictregels moeten toepassen. In tegenstelling tot wat Sass echter lijkt te impliceren,[155] heeft Savigny in het achtste deel van zijn *System* niet met zoveel woorden gesteld dat de rechter ambtshalve het conflictenrecht of het vreemde recht moet toepassen. Savigny beschrijft alleen maar dat internationale gevallen zoveel mogelijk naar het recht moeten worden beoordeeld, waarmee zij de nauwste band vertonen, in tegenstelling tot de 'oude' methode van de statutenleer. Gestoeld op de idee van de soevereiniteit gaat deze laatste opvatting immers uit van de ongebreidelde uitbreiding van de eigen wet op vreemdelingen ('*weiteste Ausdehnung der unabhängigen Staatsgewalt in beziehung auf Fremde*') en kan deze leiden tot een toestand van rechteloosheid ('*Rechtlosigkeit*').[156] Met andere woorden, Savigny kijkt vooral naar het ontwerp van conflictregels en dus niet zozeer naar de procedurele context daarvan. Sass lijkt daarmee het onderscheid tussen '*Normbildung*' en '*Normanwendung*' te miskennen.[157]

Een beroep op de conflictenrechtelijke methode is echter niet nodig. Ook wanneer men binnen de kaders van de rechtsbronnenleer blijft, valt goed te verklaren waarom vreemd recht door sommige staten ook onder het *iura novit curia* geschaard werd. Dit hangt samen met (a) het algehele proces van codificatie en centralisering, dat zich ook in andere staten heeft afgespeeld, (b) de daarmee samenhangende opkomst van het legisme, (c) de ideeën over staatsgezag, en (d) de koloniale omstandigheden waardoor de wereld van destijds nog werd gekenmerkt. Deze omstandigheden hangen onderling met elkaar samen en versterken elkaar.

Om met (a) en (b) te beginnen, valt op dat het proces van het 'omgaan' van de status van vreemd recht, namelijk van de te bewijzen 'feiten' tot rechtsgronden die, evenals de gronden ontleend aan de lex fori, ambtshalve moesten worden aangevuld, zich had voorgedaan aan het einde van de negentiende en het begin van de twintigste eeuw. Gedurende die periode hebben zich in de verschillende gebieden wetgevende projecten plaatsgevonden om het recht, meer in het bijzonder het

155 Sass, *AJCL* 1968, p. 358: 'Savigny regarded the mandatory application of foreign law as the indispensable prerequisite for the effectiveness of his system, and, therefore, urged the courts to apply the law of a foreign nation designated by conflicts rules regardless of its invocation by a party.' Helaas vermeldt Sass geen vindplaats waar deze vermeende opvatting van Savigny gevonden kan worden. Hetzelfde geldt waar Sass het op dezelfde pagina heeft over Savigny's 'postulate for *ex-officio* treatment of foreign law (cursief van Sass, auteur)'.

156 Savigny, *System* 1849, p. 24-25.

157 Over dit onderscheid: Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 76, die overigens meent dat dit onderscheid niet gemaakt moet worden.

burgerlijk recht, in wetboeken onder te brengen.[158] Voor de gebieden die voorheen onder Franse invloed hadden gestaan, betrof dat vaak de nawerking of opvolging van de *Code civile*. In de Duitstalige landen werden daarentegen eigen wetgevende initiatieven ontplooid. Het is dan niet bevreemdend dat men gemakkelijker aanneemt dat vreemd recht ambtshalve moet worden toegepast, als dit, net als het eigen recht, in vergelijkbare wetboeken is neergelegd. Daarmee hangt de opkomst van het legisme sub (b) samen. Als immers de wet als de enige bron van recht wordt gezien, die 'slechts' door de rechter toegepast hoeft te worden, kan de inhoud van vreemd recht door eenvoudige raadpleging van het betreffende vreemde wetboek achterhaald worden.

Met de opkomst van het legisme hangt de sterke nadruk op het staatsgezag en soevereiniteit samen (c). Terwijl deze ongeschikt werden geacht om te dienen voor de methode van het conflictenrecht, zoals gebeurde bij het statutisme, werden aan conflictregels die in wetten waren opgenomen vaak wel een sterk soevereiniteitsdenken gekoppeld. De wetgever had immers besloten van de toepasselijkheid van diens eigen wetgeving af te zien en in plaats daarvan 'verordineerd' dat een vreemde wet van toepassing zou worden geacht. Het denken in termen van een '*Anwendungsbefehl*' werd een gangbare – en is nog steeds gangbare – redeneerwijze. Wanneer de wetgever aldus iets verordineerde, had de rechter het 'bevel' op te volgen, zodat ambtshalve toepassing van conflictregels en, indirect, van vreemd recht dus op haar plaats was.[159] Dit betekent dat niet alleen het geschreven karakter van het toe te passen, materiële, recht relevant was, zoals bij omstandigheden (a) en (b), maar ook van de conflictregel die naar vreemd recht verwees.

De laatste omstandigheid (d) betreft die van de kolonisatie. Tot aan het dekolonisatieproces dat zich na 1945 heeft ingezet, bestond een groot deel van de wereld uit koloniën die aan een van de Europese grootmachten toebehoorden. Dit betekent dat ook de rechtsstelsels van die grootmachten in meer of mindere mate gelding in die gebieden gelding hadden. Om die reden was het niet verwonderlijk dat Savigny sprak van een '(…) *völkerrechtlichen Gemeinschaft der mit einander verkehrende Nationen* (…)', die zich bevonden '(…) *unter dem Einfluß theils der gemeinsamen christlichen Gesittung* (…)'.[160] Een gemeenschap van interactieve staten dus, veelal op een christelijke grondslag. Wanneer de toe te passen rechtsstelsels in aantal zijn beperkt, levert dit het voordeel op, dat de kennis ervan beter aanwezig kan zijn en dus de toepassing ervan gemakkelijker geschiedt. Het aannemen van een plicht om ambtshalve het vreemde recht toe te passen, is dan ook een verklaarbare ontwikkeling.

397 Nederland en Duitsland

De verklaring van de rechtsbronnenleer lijkt steekhoudend wanneer zij wordt toegepast op de Nederlandse en Duitse situatie. Voor de Nederlandse positie was

158 Zie in het algemeen, o.a., J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese* codificatiegeschiedenis, Den Haag: BJu 2014.

159 Zie ook Zajtay, *Stellung* 1963, p. 17-18.

160 Von Savigny, *System* 1849, p. 27.

immers het arrest *Ehlers & Loewenthal*[161] doorslaggevend, volgens welke de rechter ambtshalve het Duitse wisselrecht had moeten toepassen. In dat geval betrof het een geschreven conflictregel (art. 10 Wet AB), die eveneens verwees naar geschreven buitenlands recht (de '*Wechselordnung*'). Hetzelfde geldt voor de arresten *Benima/Rohner*,[162] waarin het Zwitserse 'Obligationenrecht' aan de orde was, en, althans naar alle waarschijnlijkheid, ook het arrest *Zwitsers kind*, dat over het familierecht ging.[163] Daarnaast geldt dat in de periode voor 1915, met name in het bekende arrest over de Oost-Friese minderjarigheid,[164] het ging om lokaal, waarschijnlijk ongeschreven, recht.

Voor Duitsland geldt dat de uitspraak van het Reichsgericht in 1897 al uitging van de plicht van de rechter om ambtshalve onderzoek naar de inhoud van buitenlands recht te dien, in dit specifieke geval art. 1690 *Code civil*.[165] Deze opvatting werd opgevolgd in uitspraken uit 1900[166] en 1901[167] de toepasselijkheid van respectievelijk Engels en Schots recht betroffen, en dus het ongeschreven recht. De indruk dat de rechtsbron waarin het buitenlandse recht is vervat van belang is, wordt nog versterkt door een eerder oordeel van het Reichsgericht in een zaak over reciprociteit bij de erkenning van vreemde vonnissen, waarin werd geoordeeld dat Engelse rechtspraak niet als 'wet' maar als een gewoonte gezien moest worden beschouwd ('*Übung der englischen Gerichte*'). Op grond daarvan was het niet vereist dat de rechter daarnaar ambtshalve onderzoek deed.[168] De bron van het recht lijkt in deze uitspraak dus wel doorslaggevend te zijn geweest.

398 Tegenargumenten

Vanzelfsprekend kan tegen deze argumenten worden ingebracht dat de daarmee bedoelde ontwikkelingen tegenwoordig niet langer relevant zijn, en dat desondanks de staten die de overstap naar de ambtshalve toepassing hebben gemaakt, dit niet hebben teruggedraaid. Als er sprake is van dekolonisatie en een daarmee gepaard gaande toename van het aantal rechtsstelsels, is het dan niet logischer om weer terug te vallen op de idee dat vreemd recht dan maar als een 'feit' moet worden bewezen? En geldt niet hetzelfde wanneer het legisme niet meer sterk aanwezig is? Sterker nog, er heeft zich een ontwikkeling voorgedaan die wel wordt geduid als 'van codificatie naar modificatie':[169] recht wordt niet meer 'gevonden' en gecodificeerd, maar 'gemaakt' op basis van beleidsoverwegingen. Het is daarmee ook een stuk gecompliceerder geworden. En aangezien ook het soevereiniteitsdenken aan belang

161 HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865.
162 HR 8 april 1927, *NJ* 1927, p. 1110.
163 HR 20 maart 1931, *NJ* 1931, p. 890.
164 Provinciaal Gerechtshof Noord-Holland 29 oktober 1846, *W.* 784 en HR 9 april 1847, *W.* 800.
165 RG 23 maart 1897, *RGZ* 39, 371, op p. 376-377. Aldus ook Sass, *AJCL* 1968, p. 359.
166 RG 22 juni 1900, VII 88/00, *JW* 1900, p. 589.
167 RG 22 november 1901, VII 285/01, *JW* 1902, p. 36
168 RG 7 maart 1882, *RGZ* 6, 372, op p. 374.
169 T. Koopmans, 'De rol van de wetgever', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *Honderd jaar rechtsleven: de Nederlandse Juristen-Vereniging 1870-1970.* Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 151-165, op p. 153.

heeft ingeboet, betekent dit dan ook niet dat het denken in termen van een *Anwendugsbefehl* niet langer relevant is? Had *iura novit curia* dan sinds de Tweede Wereldoorlog niet juist aan belang moeten inboeten?

Deze argumenten lijken op het eerste gezicht sterk, maar zij kunnen worden weerlegd. Om te beginnen is er de opkomst van het facultatieve conflictenrecht sinds het *Rabels*-artikel van Flessner uit 1970. De idee dat de kwaliteit van de rechtsbedeling afneemt wanneer vreemd recht wordt toegepast, is mede ingegeven door de omstandigheid dat nationale rechters niet alle rechtsstelsels ter wereld kennen en deze stelsels in aantal toenemen. Maar ook daarvoor is de traditionele 'regelblinde' conflictregel in de VS al aan toenemende kritiek onderhevig geweest. De 'mechanische werking' van het traditionele conflictenrecht werd als te beknellend ervaren, en in plaats daarvan zijn andere modellen voorgesteld ('*conflicts revolution*'). Het is de vraag of deze 'revolutie' ook daadwerkelijk was ingegeven door de omstandigheid dat het aantal rechtsstelsels ter wereld explosief was toegenomen.[170] Wel laat het zien dat de oorspronkelijke wijze waarop met wetsconflicten werd omgegaan als problematisch werd beschouwd. Terwijl de aanhangers van het facultatieve ipr de oplossing zochten in de processuele status van conflictenrecht, werd in de Amerikaanse *conflicts revolution* voornamelijk de methode van het conflictenrecht ter discussie gesteld.[171] Dit toont aan dat, ook al is de conflictenrechtelijke methode niet doorslaggevend voor de processuele status van het conflictenrecht, de spiegelbeeldige situatie zich wel kan voordoen: problemen bij de toepassing van vreemd recht kan een weerslag hebben op de conflictregel en de daaraan ten grondslag liggende methode.

Verder kunnen de andere tegenargumenten eveneens worden weerlegd. De dekolonisatie heeft weliswaar geleid tot een toename van het aantal staten wereldwijd, maar velen daarvan dragen nog de kenmerken van het rechtsstelsel van de voormalige kolonisator. Voorts heeft het soevereiniteitsdenken wel aan belang ingeboet, maar voornamelijk doordat op supra- en internationaal niveau een deel van de soevereiniteit is overgedragen. Ook is de idee van het '*Anwendungsbefehl*' niet zozeer verdwenen, maar voornamelijk overgeheveld op inter- of supranationaal niveau.[172] De complexere regelgeving, tot slot, heeft zich voornamelijk op een ander vlak dan het privaatrecht gemanifesteerd, ook al is het privaatrecht daar niet helemaal van gevrijwaard gebleven.[173] In Europa heeft een dergelijke complicatie van het privaatrecht via het Gemeenschapsrecht plaatsgevonden, dat met gebruik-

170 Er zijn wel studies beschikbaar die op de onjuiste toepassing van vreemd recht door Amerikaanse rechters wijzen, zoals de door Zweigert aangehaalde studie van Max Rheinstein, die Amerikaanse jurisprudentiebundels onderzocht zou hebben en zou hebben geconstateerd dat van de 40 zaken waarin vreemd recht werd toegepast, dit in 32 gevallen op een onjuiste manier was gebeurd. Zie K. Zweigert, 'Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws?', *U. Colo. L. Rev.* 1973, p. 283-299, op p. 298.

171 Zie, o.a., Asser/Vonken *10-I* 2018/361-366; Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/22 en 24; Strikwerda, *Semipubliekrecht* 1978, p. 172-192; Michaels 2008, i.h.b. p. 1610-1612.

172 Zie paragraaf 7.4.2.

173 Zoals in het geval van het consumentenrecht.

making van verordeningen en richtlijnen het privaatrecht heeft 'gemodificeerd'. Dit eenvormige recht geldt echter voor alle Europese lidstaten, zodat op die terreinen moeilijk van een 'buitenlands' recht kan worden gesproken.

399 Bijzondere situatie van Duitsland

Bovendien kon het '*iura novit curia*' in Duitsland zo gemakkelijk op vreemd recht worden overgedragen, omdat dat adagium ook in zuiver interne procedures niet zo sterk was als het op het eerste gezicht leek.[174] Duitse rechters vertonen immers de sterke neiging om bij de toepassing van buitenlands recht de voorkeur te geven aan een advies van een Duitse, meestal academische, *Sachverständige*. Door de geschiedenis heen is de invloed van Duitse academici op het proces van rechtsvinding immers aanzienlijk geweest, vooral in de vorm van de zogenaamde '*Spruchkollegien*'. In de periode voor de totstandkoming van het moderne Duitsland was de praktijk van de *Aktenversendungen* reeds diep in de procescultuur geworteld. Bij de beantwoording van rechtsvragen plachten rechters de vraag, met inbegrip van het verzegelde procesdossier, naar een hoogleraar op te sturen – vandaar de naam *Aktenversendung* – en het oordeel van deze hoogleraar af te wachten.[175] Meestal werd de opinie van de betreffende academicus in het vonnis geïncorporeerd. Er werden twee soorten *Aktenversendung* onderscheiden: de '*Aktenversendung zum Spruch*' en de '*Aktenversendung zur Beratung*'.[176] In het eerste geval werden de processtukken opgestuurd naar de betreffende hoogleraar om een concept-vonnis op te stellen, terwijl in het tweede geval er slechts om een opinie werd gevraagd.[177] Aangezien Duitse hoogleraren in vroegere tijden zo vaak met dergelijke adviezen bezig waren, kwamen zij aan hun gewone taken haast niet meer toe.[178] De parallellen met de huidige praktijk van *Gutachten* in het geval van buitenlands recht zijn duidelijk. Ook tegenwoordig is de tijd die gemoeid is met het verkrijgen van een *Gutachten* van bijvoorbeeld het *Max Planck Institut* te Hamburg lang.

Aan deze praktijk is een einde gekomen in de loop van de 18de eeuw. Vooral de Pruisische koning Frederik II, berucht om zijn aversie van juristen in het algemeen,[179] was een fervent tegenstander van deze praktijk en verbood deze daarom in 1749.[180] Dit neemt niet weg dat de cultuur van *Sachverständigengutachten* is blijven bestaan en dat daarvan gebruik werd gemaakt wanneer niet het statelijke Duitse recht van toepassing was, maar onbekende stelsels als buitenlands recht of gewoonterecht. Ook werd de verzending '*zur Beratung*' als minder ingrijpend gezien, en daarom bleef deze praktijk ook na het verbod nog wel bestaan.[181]

---

174 Zie ook Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 195-250.

175 Aldus C.J.H. Jansen, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 97-98.

176 Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 203.

177 Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 203.

178 Jansen, *Geleerd recht* 2018, p. 97-98.

179 Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, p. 281-282.

180 Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 204, i.h.b. vtnt. 166; Lange 1969, p. 163.

181 Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 205-206.

Het voorgaande is een groot verschil met Nederland, waar een dergelijke praktijk in het algemeen niet aanwezig was.[182] Het ontbreken van een algemene praktijk om adviezen van elders te vragen ter beantwoording van rechtsvragen, verklaart waarschijnlijk ook waarom de praktijk van deskundigenberichten over vreemd recht in het Nederlandse proces in mindere mate aanwezig is en in plaats daarvan veelal aan partijen wordt gevraagd inlichtingen over het buitenlandse recht te overleggen. Een uitzondering betrof evenwel Overijssel, waar de rechters zelfs verplicht waren om bij de behandeling van een zaak een rechtsgeleerd advies van een 'referent' te vragen.[183]

> Omdat Overijssel geen eigen universiteit had,[184] waren deze 'referenten' overigens geen hoogleraren maar advocaten, bij voorkeur – maar niet noodzakelijkerwijs – uit de provincie zelf. Doordat deze 'referenten' een advies moesten geven in een zaak die door een 'confrère' werd gevoerd, en de kans op belangenverstrengeling niet gering was, kwam dit de onpartijdigheid van dergelijke adviezen vaak niet ten goede.[185] Opvallend is dat zelfs na de invoering van het *Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koningrijk Holland* en, later, de *Code civil*, de praktijk van referenten nog tot ongeveer 1820 gehandhaafd bleef.[186]

Vanwege het totale ontbreken van een dergelijke praktijk in het Engelse recht is het dan ook niet verwonderlijk dat in Engeland en Wales geen instituten aanwezig zijn die dergelijke adviezen kunnen verstrekken. Dit verklaart de (zeer) sterke nadruk op door partijen ingebracht deskundigenbewijs. Daarentegen wordt het Engelse procesrecht wel gekenmerkt door een instituut dat in continentaal Europa een stuk minder ontwikkeld is: de *amicus curiae*. Een *amicus curiae* is in de regel een derde die zijn visie op het geschil geeft, zonder evenwel een partij bij de procedure te zijn. Meestal betreft het bepaalde organisaties die een algemeen belang beogen te behartigen en in die hoedanigheid in een relevante rechtszaak het standpunt van de organisatie willen verwoorden. Voor vreemd recht hebben zij echter geen waarde. Dit komt mogelijk doordat de *amicus curiae* een functie vervulde die het midden hield tussen een door de rechter benoemde (objectieve) deskundige en een functionaris als de advocaat-generaal die een onafhankelijke conclusie over de zaak kan nemen, welke beide rechtsfiguren in het Engelse procesrecht ofwel volledig onbekend zijn, of althans een veel marginalere invloed hadden dan op het continent gebruikelijk was.

400 Conclusie

Kortom, de historische ontwikkeling van het recht, en meer in het bijzonder van de rechtsbronnen, kan een goede verklaring opleveren van zowel de processuele status van het eigen recht als dat van vreemd recht. Kennis van de betreffende rechtsbron, zij het door studie of ervaring verkregen of door ficties verondersteld aanwezig te

182 Aldus Jansen, *Geleerd recht* 2018, p. 98.

183 Aldus P. Brood & F.A.J. van der Ven, *Procesgids Klaring van Overijssel. De hoofdlijnen van het procederen in civiele zaken*, Hilversum: Verloren 2010, p. 31-46; Jansen, *Geleerd recht* 2018, p. 98.

184 Zie ook Jansen, *Geleerd recht* 2018, p. 98.

185 Zoals beschreven bij Brood & Van der Ven, *Procesgids* 2010, p. 33-34, met verwijzing naar verdere literatuur.

186 Aldus Brood & Van der Ven, *Procesgids* 2010, p. 37.

zijn, is een belangrijke oorzaak van de manier waarop daarmee in een procedure wordt omgegaan.

6.2.6 Conclusie

401 Conclusie

Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat er verschillende oorzaken bestaan voor de al dan niet ambtshalve toepassing van conflicten- en buitenlands recht. Met betrekking tot de overeenkomsten tussen de geselecteerde rechtsstelsels kan de oorzaak worden gevonden in ofwel de aard en functie van het betreffende rechtsgebied – burgerlijk procesrecht of arbitragerecht – ofwel de functie van de betrokken rechtstoepasser, zoals de buitengerechtelijke autoriteit. In alle geselecteerde rechtsstelsels worden dezelfde problemen geconstateerd, waarvoor een qua effect vergelijkbare oplossing voor wordt gevonden. In deze gevallen doet de zogeheten *praesumptio similitudinis* zich gelden: de betrokken stelsels pogen dezelfde problemen op vergelijkbare manieren op te lossen.[187]

Met betrekking tot de geconstateerde verschillen vormen de conflictenrechtelijke methode, de aard en tradities van het burgerlijk procesrecht belangrijke, maar geen doorslaggevende rol. Zij verklaren niet volledig waarom het betrokken rechtsinstituut – ambtshalve toepassing of *fact doctrine* – is ontstaan. Wel kunnen zij worden gezien als een aanvullend argument om een bestaande praktijk te rechtvaardigen, en zo bij te dragen aan het voortduren van het rechtsinstituut. In ieder geval is het onderscheid tussen feit en recht, dat in de literatuur vaak is aangehaald om de verschillen tussen rechtsstelsels te duiden, definitief ontoereikend om de oorzaken van de verschillen te kunnen aantonen. Deze theorie gaat immers gepaard met inconsistenties die de verklarende werking ervan ondermijnen.

De theorie die de verschillen tussen de rechtsstelsels het beste kan verklaren, is die van de historische ontwikkeling van de rechtsbronnen en de invloed of acceptatie van het adagium *iura novit curia*. Deze theorie laat immers zien dat bekendheid met het toe te passen normencomplex de belangrijkste oorzaak is voor een meer of minder actieve houding van de rechter. Ook verklaart het dat het adagium *iura novit curia* is ontstaan in combinatie met de opkomst het geleerde recht in continentaal Europa.

Het lijkt dan ook verdedigbaar om aan te nemen dat de processuele status van vreemd recht oorspronkelijk is ontstaan vanwege de onbekendheid met de inhoud van het toe te passen stelsel, op gelijke voet als ook geschiedde met de toepassing van gewoonterecht.[188] Daarbij zullen de processuele tradities en de aard van de juridische vorming een belangrijke rol hebben gespeeld. De kennis van het recht is immers nauw met de juridische vorming verweven. Ook de processuele traditie van een lijdelijke of juist actievere rechter zal aan de totstandkoming van de status van vreemd recht in de civiele procedure hebben bijgedragen. Daarbij kan men denken aan de jury's in Engeland en de *Amtspflicht* uit het tijdperk van Frederik de Grote in

187 Zie Zweigert & Kötz, *Introduction* 1998, p. 40; Örücü, in: *Elgar Encyclopedia* 2012, p. 562

188 Zo ook Von Savigny, *System* (1. Band) 1840 p. 190-191.

Pruisen. De rol van het conflictenrecht lijkt echter beperkt te zijn. Het is aannemelijker dat de conflictenrechtelijke methodologie in een latere fase een rechtvaardigende rol heeft gespeeld. Juist omdat vreemd recht in Engeland als feit werd beschouwd, worden slechts subjectieve rechten erkend die in het buitenland zijn ontstaan (Dicey), en juist omdat rechters initiatief namen bij het vaststellen van vreemd recht, moet dit worden begrepen als een uiting van gelijkwaardigheid van rechtsstelsels (Von Savigny). In het geval van Von Savigny is het zelfs voor twijfel vatbaar of diens leer ook maar de geringste aandacht heeft geschonken aan de processuele status van het toe te passen recht. Veeleer lijkt hij dat probleem in dezelfde categorie als het gewoonterecht te plaatsen en lijkt de noodzaak tot ambtshalve toepassing eerder door latere juristen te zijn 'ingelezen', een en ander op basis van een retrospectieve redenering.

6.3 Waardering

402 Toetsingskader

Nadat de overeenkomsten en de verschillen tussen de geselecteerde stelsels zijn vastgesteld, en voor deze contrasten aansluitend een verklaring is gevonden, zal in deze paragraaf de waardering van de verschillende uitkomsten aan de orde komen. Hoe kunnen de posities van Nederland, Duitsland, en Engeland en Wales worden beschouwd in het licht van relevante beginselen? Worden de met het conflictenrecht beoogde doelstellingen daarmee gediend, of juist ondermijnd? Wordt rekening gehouden met fundamentele procesrechtelijke beginselen, zoals hoor en wederhoor of een voorspoedige behandeling van de zaak? In hoeverre is de regeling consistent? In hoeverre is er sprake van formalismen? Deze vragen zullen in het navolgende worden behandeld.

6.3.1 De status van de conflictregel: dwingend of facultatief?

403 Partij-initiatief

Zoals uit de voorgaande hoofdstukken is gebleken, kan de conflictregel ofwel ambtshalve, ofwel slechts op instigatie van partijen toegepast worden. In het laatste geval wordt ook wel van een facultatief conflictenrecht gesproken.[189] Het Engelse systeem komt, althans *de facto*,[190] neer op zo'n facultatief systeem. Het voordeel van een dergelijke aanpak is dat aan partijen veel vrijheid wordt overgelaten om het geschil naar eigen inzicht in te richten, en dus ook of zij bereid zijn het 'conflictenrechtelijk procedé' te volgen. In stelsels met een grote mate van partijautonomie en

189 De term is bekend gemaakt door Flessner, *RabelsZ* 1970, p. 549, die verwijst naar het gebruik van de term 'fakultative Kollisionsnorm' door Zweigert in 'Diskussion', in: *Die Anwendung ausländischen Rechts* 1968, p. 185.

190 In wezen richt het Engelse systeem zich vooral op de status van vreemd recht als feit en wordt de status van het conflictenrecht daarvan afhankelijk gemaakt.

een sterke nadruk op het *adversarial principle*, zoals het Engelse, past een dergelijk systeem goed in het denken over de verhouding tussen rechter en partijen, en wellicht over het denken over de verhouding tussen individu en overheid in het algemeen. Partijen stellen een vordering in of voeren een verweer, en bepalen voorts aan de hand van welk normencomplex zij dit willen laten beoordelen. Een eventueel nadelige keuze blijft voor hun rekening. Een aanvullend voordeel is dat op deze manier kan worden voorkomen dat procedures niet onnodig lang duren, hetgeen een voordeel is in het licht van het vereiste van berechting binnen een redelijke termijn, zoals beschermd door art. 6 EVRM. Ook wordt zo voorkomen dat partijen met een 'verrassingsbeslissing' worden geconfronteerd, omdat zij van mening waren dat het forale recht van toepassing is, zodat ook hoor en wederhoor worden gediend.

Als een nadeel kan worden aangevoerd, dat op deze manier de internationale beslissingsharmonie wordt ondergraven. Dit argument speelt vooral wanneer het recht is aangewezen door een geünificeerde conflictregel. Het aangewezen recht wordt zo vrij gemakkelijk 'omzeild'. Dit is vooral problematisch wanneer aan partijen geen rechtskeuzebevoegdheid is toegekend en het toepasselijke recht voornamelijk bepalingen van dwingende aard behelst. Een wellicht nog belangrijker bezwaar is dat het stelsel misschien wel in een te sterke mate uitgaat van de gelijkheid van partijen, en dat kennis- of geldgebrek ervoor kan zorgen dat de partij die het meest van vreemd recht te verwachten heeft, dit recht uiteindelijk niet zal inroepen omdat zij het niet kende noch de middelen had om deze optie te onderzoeken.[191] Het beginsel van '*equality of arms*' kan zo worden geschonden, omdat de ene partij betere middelen heeft om zijn processuele rechten uit te oefenen. Overigens behoeft aan dit argument niet te zwaar getild te worden; partijen hebben immers de mogelijkheid om, desnoods ongeïnformeerd, het vreemde recht in te roepen.

404 Ambtshalve toepassing

Een alternatief voor het facultatieve conflictenrecht is om de rechter op te dragen dit ambtshalve toe te passen, zoals gebeurt in het Nederlandse en Duitse systeem. De rechter moet, wanneer de feiten daartoe aanleiding geven, net als het 'overige' eigen recht ook de conflictregels uit eigen beweging toepassen en het daardoor aangewezen recht van toepassing verklaren. De nadelen van een facultatief ipr kunnen zo worden opgelost. Er hoeft geen keuze te worden gemaakt omdat de rechter zelf de conflictregel moet toepassen, zodat de ongelijkheid tussen partijen op het gebied van kennis of middelen via de rechter als overheidsinstantie wordt 'gladgestreken'. Ook de internationale beslissingsharmonie wordt zo bevorderd, omdat de conflictregel daadwerkelijk is toegepast. Dit versterkt in zekere mate de voorspelbaarheid van uitkomsten en de rechtszekerheid, zodat ook de met Europees ipr beoogde doeleinden worden nagestreefd. In zekere mate, want de uiteindelijke uitkomst is ook afhankelijk van het onderzoek naar de inhoud van het vreemde recht en de aanwezigheid van internationale elementen. Omdat de conflictregel zelf geen materiële oplossing voor het probleem geeft en slechts indirect de materiële regel

191 Dit staat nog los van de kosten van het 'bewijs' van vreemd recht.

aanwijst, lijkt het argument van de beslissingsharmonie in dit geval dus niet zo sterk te zijn.[192]

Voorts kent de ambtshalve toepassing van conflictenrecht ook nadelen. Het belangrijkste is wellicht dat het partijen voor een verrassingsbeslissing kan stellen en zo het beginsel van hoor en wederhoor kan schenden. Het EHRM heeft arresten gewezen waarin het ambtshalve handelen door de rechter als een schending van het recht op een '*fair trial*' wordt beschouwd. Ook kan de vertraging van de procedure in de hand worden gewerkt indien het conflictenrecht ambtshalve toegepast moet worden.[193] Dit komt door de inherente verbondenheid met zowel de vaststelling van de daarvoor benodigde feiten, welke complex kunnen zijn, als het onderzoek naar de strekking van het aangewezen recht.

405 Processuele rechtskeuze

Het nadeel van het facultatieve conflictenrecht dat partijen soms over het hoofd zien dat een vreemd recht van toepassing is, speelt niet wanneer de partijdispositie zich uit in een processuele rechtskeuze of, zoals in het Franse ipr wel van belang, een *accord procédural sur la loi applicable*.[194] Een dergelijke processuele rechtskeuze is naar Nederlands en Duits recht toegestaan. Ook hier geldt dat er geen probleem lijkt te zijn wanneer er ook een 'traditionele' rechtskeuze toegestaan is. Wanneer een keuze niet is toegestaan, speelt hetzelfde probleem als in het geval van het facultatief conflictenrecht, behalve het feit dat partijen in dit geval hun keuze uitdrukkelijk uitbrengen ('*parteifakultatives Kollisionsrecht*'[195]). Wanneer een dergelijke keuze niet uitdrukkelijk wordt gedaan en de rechter een dergelijke keuze 'stilzwijgend' meent te lezen in de partijstellingen, speelt hetzelfde probleem als in het geval van een facultatief ipr. Voor het overige geldt dat wanneer partijen geen rechtskeuzemogelijkheid bezitten en geen sprake is van 'disponibele' rechten, een dergelijk systeem neerkomt op een facultatief conflictenrecht ('*gerichtsfakultatives Kollisionsrecht*'[196]).

406 Antikiesregel

Het gebruik van de antikiesregel als middel om de rechtsaanwijzingsvraag open te laten, kent zowel procesrechtelijke als conflictenrechtelijke aspecten. Voor zover er mee wordt beoogd om de procedure te bespoedigen en geen onnodige kosten te maken voor een onderzoek naar een rechtsstelsel dat toch gelijk is aan het eigen stelsel, zullen daarmee verschillende processuele rechten worden gewaarborgd. Dit argument is minder sterk wanneer beide voor toepassing in aanmerking komende stelsels vreemd zijn. Indien de antikiesregel echter wordt toegepast omdat de

192 Zie ook Asser/Vonken *10-I* 2018/225, die stelt dat ook met materieelrechtelijke belangen rekening gehouden moet worden.

193 Zie paragraaf 5.2.3.

194 Zie daarvoor ook Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 30-32, en p. 48-56.

195 Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 48, die dit ook meent te ontwaren in het Franse instituut van de '*accord procédural sur la loi applicable*'.

196 Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 40.

conflictregel niet duidelijk is of bepaalde daarvoor benodigde feiten niet vaststaan, zal de toepassing van deze regel een sterkere weerslag op het conflictenrecht hebben. Het gevaar bestaat in dat geval in de 'homeward trend', namelijk dat op basis van oppervlakkige overeenkomsten het ipr praktisch wordt uitgeschakeld. Voorts kan de toepassing van de antikiesregel de rechtsontwikkeling in de weg zitten, omdat zij wordt aangewend in situaties waarin de conflictregel juist opheldering behoeft. Uiterst kwestieus is het wanneer de procespartijen de toepassing van de antikiesregel niet wensen, maar juist van de conflictregel en het buitenlandse recht. Het lijkt niet wenselijk om de regel tegen de uitdrukkelijke partijwil in toe te passen. Het argument dat daarmee wordt tegemoetgekomen aan het redelijke termijn-vereiste van art. 6 EVRM gaat ook niet op, omdat in dat geval de vertraging aan de houding van de partijen is te wijten. Het is, ten slotte, ook niet juist om de antikiesregel niet toe te passen omdat ook het eigen recht tot de mogelijk toepasselijke stelsels behoort, en dit een probleem kan zijn in hoogste instantie, aangezien vreemd recht daar niet getoetst kan worden. Indien beide stelsels immers inhoudelijk als gelijkluidend worden gezien, valt niet goed in te zien waarom dat in hoogste instantie niet het geval zou zijn.

6.3.2 Internationale elementen: ambtshalve of partij-initiatief

407 Geen bijzondere procedure

De 'internationale elementen' in een zaak worden door de algemene regels inzake feitenvaststelling beheerst. In geen van de rechtsstelsels is een bijzondere procedure voor de vaststelling van conflictenrechtelijk relevante feiten voorhanden.[197] Dit is op zich niet problematisch voor de Engelse positie, waar het vreemde recht zelf ook als feit moet worden bewezen en de toepasselijkheid van het vreemde recht aan de partijdispositie is onderworpen. In het Nederlandse en Duitse systeem kan een dergelijke benadering echter problematisch zijn, aangezien dit de ambtshalve toepassing van conflictenrecht en daardoor ook van het buitenlandse recht kan 'ondermijnen'. Wanneer de conflictregel wel ambtshalve moet worden toegepast, maar partijen via het feitencomplex de internationale elementen kunnen toedekken, betekent dit dat zij indirect een zekere vrijheid van dispositie bezitten. Daardoor wordt mogelijk niet het recht toegepast dat volgens de conflictregel het geval beheerst en wordt de internationale beslissingsharmonie ondermijnd. Wel doet dit recht aan het feit dat het partijen zijn die de heerschappij over de feiten hebben. Ook kan het onnodig complicerende verwijzingsprocedé op deze manier worden vermeden, hetgeen een voortvarende procesgang kan bevorderen. Het voordeel van het ontbreken van een voorgeschreven handelswijze is dat de rechter een zekere mate van flexibiliteit kan betrachten bij het vaststellen van deze feiten.

197 E.-M. Kieninger, 'Ascertaining and Applying Foreign Law', in: S. Leible (red.), *General Principles of European Private International Law. European Monographs Series. Volume 95*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2016, p. 357-373, op p. 359.

408 Voordelen ambtshalve onderzoek

Wanneer een systeem wordt gekozen waarbij de vaststelling van de benodigde feiten ambtshalve plaatsvindt, heeft dit als voordeel dat de internationale beslissingsharmonie wordt bevorderd. De Nederlandse en Duitse stelsels geven niet elk conflictenrechtelijk relevant feit deze status, maar maken een dergelijke status afhankelijk van de aard van de rechtsverhouding. In Duitsland gebeurt dit door aanknoping aan een zekere procedure, terwijl dit in Nederland plaatsvindt door te kijken naar de aard van de betrokken rechten. Het Duitse stelsel is daarmee bevorderlijker voor de rechtszekerheid, omdat duidelijk is wanneer deze *Untersuchungsmaxime* geldt. De vraag of rechten 'ter vrije beschikking van partijen staan', zoals gevorderd door het Nederlandse procesrecht, is niet alleen vager, maar het roept ook de vraag op of hier geen sprake is van een cirkelredenering. Een dergelijke aard is immers afhankelijk van de status die aan regels van het (eigen) materiële recht wordt gegeven. Dit levert tevens een tweede probleem op: aan de hand van welke maatstaf moet bepaald worden of een bepaalde aangelegenheid disponibel is? Is dat de lex fori, als de wet van de *locus processus*, of de lex causae, dat de beschikkingsvrijheid in materieel opzicht bepaalt?

409 Nadelen ambtshalve onderzoek

Toch betreft de door ambtshalve optreden geboden zekerheid slechts een schijnzekerheid. Voor het vaststellen van internationale elementen zijn rechters vaak afhankelijk van informatie die afkomstig is van partijen of van overige, soms buitenlandse, instanties.[198] Zonder die informatie is het bijvoorbeeld moeilijk om iemands nationaliteit vast te stellen, wanneer de geldigheid van een rechtskeuze inzake de erfopvolging van jaren geleden moet worden vastgesteld.[199] Of het is lastig om vast te stellen waar de eerste gewone (gemeenschappelijke) verblijfplaats van de echtgenoten is gesitueerd, wanneer zij jaren geleden in het huwelijk zijn getreden.[200] De woonplaats van partijen in een geschil, zoals blijkend uit de processtukken, kan een sterke discrepantie met de gewone verblijfplaats vertonen en is vaak niet meer dan een indicatie. Vaak zal het dan aankomen op het hanteren van vermoedens. En dat kan vanuit het oogpunt van art. 6 EVRM een aantal bezwaren opleveren. Zo zal de rechter voldoende uitvoerig moeten motiveren waarom hij een aanknopingspunt daar aanwezig acht, waar hij het vermoedt te zijn. Voorts is de internationale beslissingsharmonie niet noodzakelijkerwijze gediend met dergelijke vermoedens en kan zo een ander recht van toepassing worden dan het recht dat eigenlijk het geval behoort te beheersen. Daarbij doet zich het probleem voor dat sommige aanknopingsfactoren moeten worden beoordeeld op het moment van het

198 Bij dit laatste kan men bijvoorbeeld denken aan diplomatieke of consulaire autoriteiten.
199 Art. 22 lid 1 Erfrechtverordening.
200 Zie art. 4 lid 1 Haags Huwelijksvermogensverdrag of, voor huwelijke gesloten na 29 januari 2019, art. 26 lid 1 sub a Huwelijksvermogensrechtverordening.

ontstaan van het rechtsfeit.[201] Voorts zijn dergelijke aanknopingspunten niet noodzakelijkerwijs ontworpen op hun praktische hanteerbaarheid in het geding.[202]

6.3.3 Toepassing en vaststelling van de inhoud van buitenlands recht

410 Ambtshalve toepassing en ambtshalve onderzoek

In het geval dat de rechter ambtshalve het toepasselijke recht aanwendt en daartoe, indien nodig, zelfstandig onderzoek verricht, wordt daarmee in beginsel het belang van de internationale beslissingsharmonie gediend. De conflictregel heeft een bepaald recht aangewezen en nadat hij heeft vastgesteld welk recht dat is, doet de rechter onderzoek naar dat recht en past het vervolgens toe. Op deze manier wordt de vordering, het verzoek of het verweer beoordeeld naar het recht dat volgens de conflictregel het geval behoorde te beheersen. Wel is het de vraag of de vaststelling van buitenlands recht wel in toereikende mate plaatsvindt. Een nadeel is dat dit in beginsel buiten partijen om kan gaan. Zij kunnen geconfronteerd worden met een regel die zij niet hadden voorzien. Wanneer zij niet in de gelegenheid worden gesteld hun visie naar voren te brengen, kan dit een verrassingsbeslissing opleveren. Ook kan het in dit verband noodzakelijk zijn dat partijen reeds voordat de rechter op zoek gaat naar informatie over het toepasselijke recht, kunnen aangeven welke punten zij van belang achten. Voorts dient de rechter goed te motiveren op welke wijze hij aan zijn kennis over vreemd recht is gekomen, waarbij vaak de vuistregel wordt gehanteerd dat deze motiveringsplicht minder zwaar weegt naarmate partijen minder informatie overleggen.

Dit lijkt een paradoxale situatie. De ambtshalve toepassing, die beoogt partijen het 'bewijs' van vreemd recht uit handen te nemen, leidt er zo alsnog toe dat partijen zich enigerlei informatie over dat recht eigen moeten maken, op straffe van een minder verreikende motivering door de rechter. Partijen dragen dan weliswaar niet de bewijslast van de inhoud van buitenlands recht, maar zij hebben wel een '*Obliegenheit*', bij veronachtzaming waarvan zij een processueel nadeel kunnen ondervinden.[203] Dit kan ertoe bijdragen dat de kosten voor hen oplopen. Daarnaast kunnen partijen met kosten worden geconfronteerd wanneer de rechter uit eigen beweging besluit om een deskundige te benoemen, aangezien de kosten voor een deskundigenbericht deel uitmaken van de proceskosten. Ambtshalve toepassing van vreemd recht lijkt daarmee op het eerste gezicht financieel gunstiger voor de partijen te zijn, maar uiteindelijk dragen zij altijd bij aan de kosten voor de

201 Zoals de *situs* bij het toepasselijke recht op zaken, zie art. 10:127 lid 5 BW.

202 Zoals de gewone verblijfplaats, dat immers een zeer nauwe band met het territoir van een staat uitdrukt.

203 Zie Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 291 e.v., en D. Schellack, *Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen*, Berlijn: Duncker & Humblot 1998, p. 193 e.v. Zie ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 172, die spreekt van 'Beweislasten bzw. –obliegenheiten', en Leipold, in: Stein/Jonas, *Kommentar zur Zivilprozessordnung* 2008, § 293, aant. 49, die het heeft over een 'natürliches Beweisinteresse' van partijen. Anders: Küster, *Ermittlung ausländischen Rechts* 1995, p. 49, die spreekt van een 'prozessuale Last', en juist niet van een 'Obliegenheit'. Zie ook voetnoot 65.

vaststelling van de inhoud van het buitenlandse recht, ook als het zwakkere partijen betreft. Dat doet af aan het soms gebezigde argument dat ambtshalve toepassing van vreemd recht nodig is om de kosten van de procedure niet te hoog te laten oplopen en 'zwakkere partijen' te beschermen.

Het systeem van ambtshalve toepassing kent een hoge mate van flexibiliteit, omdat het de rechter vrijstaat elk middel te gebruiken waardoor de inhoud van het vreemde recht kan komen vast te staan. Anderzijds kan dit ook een nadeel betekenen, omdat partijen geen invloed kunnen uitoefenen op die keuze. In verband daarmee benoemt de rechter in het Nederlandse en Duitse stelsel regelmatig een deskundige. Dergelijke door de rechter benoemde deskundigen kunnen echter de onpartijdigheid van de rechter in gevaar brengen. Op grond van art. 6 EVRM is in het verleden wel geoordeeld dat de partijdigheid van een dergelijke expert kan afstralen op de rechter.[204] Het is dan zaak dat de rechter partijen wel in de gelegenheid stelt eigen deskundigenbewijs naar voren te brengen.

411 'Bewijs' door partijen

Wanneer het de verantwoordelijkheid van partijen is om de inhoud van het buitenlands recht te (doen) vaststellen, zoals in het Engelse systeem, lijkt daarmee in beginsel tekort te worden gedaan aan de doelstellingen van het ipr. Door gebrekkig of partijdig 'bewijs' kan de inhoud van vreemd recht immers anders komen te luiden dan zij in werkelijkheid is (formele waarheidsvinding). Ook speelt het probleem dat deskundigen, aangezien zij door partijen worden betaald, een mate van vooringenomenheid aan de dag kunnen leggen. Voorts kunnen de hoge kosten partijen afschrikken om de inhoud van het vreemde recht te bewijzen. Het is de vraag of dit het doelmatigheidsbeginsel van het Unierecht niet schendt. Tevens kan dit problematisch zijn voor het recht op toegang tot de rechter van art. 6 EVRM. Desondanks heeft dit systeem ook voordelen. Door het adversaire karakter wordt de waarheidsvinding gediend, aangezien uit het conflicterend deskundigenbewijs zo dicht mogelijk bij de waarheid kan worden gekomen. Ook wordt aan partijen een zekere vrijheid gelaten het vreemde recht niet te bewijzen, zodat teruggevallen kan worden op de *presumption of similarity*.

Een ander nadeel van de Engelse positie is de kwestie van de bewijslastverdeling: de partij die zich op vreemd recht beroept, althans aanvoert dat dit recht van de lex fori verschilt, heeft dit dienovereenkomstig te bewijzen. Dit lijkt een logische gevolgtrekking van de 'feit'-theorie die in het Engelse recht overheersend is. Feiten moeten immers worden gesteld en, bij tegenspraak, worden bewezen. Toch is dit uitgangspunt niet geheel consistent met de 'feit'-leer. Als buitenlands recht immers een 'feit' is dat bewezen moet worden naast de andere, materiële feiten, is het dan ook niet logisch dat de eiser de bewijslast dan draagt, voor zover zijn vordering door

204 Zie EHRM 18 maart 1997, zaak 21497/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0318JUD002149793, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (*Mantovanelli/Frankrijk*) en EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*).

vreemd recht wordt beheerst? Of de verweerder, wanneer op de rechtsgevolgen die in het verweer zijn ingeroepen, vreemd recht van toepassing is, ongeacht wie zich op vreemd recht beroept? Deze positie is vroeger in Frankrijk wel ingenomen, doch in de literatuur bekritiseerd.[205] Het zou immers onjuist zijn dat de eiser per definitie de inhoud van vreemd recht moet bewijzen, ook als de verweerder daarbij belang heeft.[206] In plaats daarvan zou het bewijs van vreemd recht haar eigen stelplicht- en bewijslastregime moeten hebben. Toch kent deze benadering enkele voordelen. De Engelse positie biedt eisers namelijk veel gelegenheid om aan 'forum shopping' te doen, namelijk door de zaak bij de Engelse rechter aan te brengen, en het beroep op vreemd recht en het bewijsrisico daarvan aan de gedaagde over te laten. Zeker wanneer de gedaagde partij wordt opgeroepen voor het forum actoris, bijvoorbeeld omdat de plaats van levering van de goederen in Engeland is gelegen,[207] lijdt zij een dubbel procedureel nadeel. Niet alleen is zij onttrokken van haar eigen rechter, ook draagt zij, wanneer zij meent dat vreemd recht het geval beheerst, de bewijslast van de inhoud daarvan. Aangezien eisers het voordeel van de keuze van het forum hebben, zou het in dat geval niet onredelijk zijn om ook het bewijs van de inhoud van vreemd recht aan hen over te laten. Om die reden heeft de Engelse rechter de bewijslast ook wel eens omgedraaid in die zin, dat deze op de eiser kwam te liggen.[208]

6.3.4 Niet-vaststelbaarheid en interpretatie van vreemd recht

412 Duidelijkheid gewenst

Van de alternatieven die worden geboden wanneer het buitenlandse recht qua inhoud onbekend blijft, kan worden gezegd dat het Engelse en het Duitse systeem de duidelijkste regeling hebben, omdat zij primair toestaan dat het eigen recht wordt toegepast. Hoe dat vervolgens geschiedt – namelijk als vermoeden van gelijkheid of als lex fori – doet aan die duidelijkheid niet af. Ook bieden beide systemen een regeling voor het geval de toepassing van het eigen recht niet verdedigbaar is. Deze systemen doen wat dat betreft dus recht aan de rechtszekerheid, terwijl zij ook een opening laten voor de materiële juistheid van de beslissing. Hiermee worden twee belangrijke belangen van het ipr gediend, namelijk enerzijds voorspelbare uitkomsten en anderzijds het zoveel mogelijk toepassen van het meest verbonden recht. Het Nederlandse systeem kent geen duidelijke regeling op dit vlak, ook al is de literatuur in principe een voorstander van de lex fori als primair surrogaatrecht, en biedt een veelvoud aan oplossingen. Ook is er geen duidelijke regeling voor het geval van toepassing van het eigen recht. Een nadeel is echter dat het Engelse systeem soms toelaat dat een vordering of verweer om die reden wordt afgewezen. Dit kan worden beschouwd als een vorm van rechtsweigering, zodat het de vraag is of art. 6

205 Zie voor een overzicht, David, *La loi étrangère* 1965, no. 189-195, die drie benaderingen onderscheidt.

206 Zie David, *La loi étrangère* 1965, no. 190-191.

207 Art. 7 lid 1 sub b EEX.

208 Zoals in *Belhaj v. Straw* [2014] EWCA Civ. 1394. Zie ook paragraaf 4.3.3.

EVRM daaraan niet in de weg staat. Het Nederlandse en Duitse stelsel verwerpen de afwijzing van vordering of verweer en lijken in dat opzicht meer in overeenstemming met dit voorschrift te zijn.

413 Interpretatie

Nauw verbonden met de vraag of vreemd recht wel kan worden vastgesteld, is de kwestie van de interpretatie ervan. In elk van de geselecteerde stelsels is het een vaste regel dat vreemd recht moet worden uitgelegd volgens de uitlegregels van het recht van de staat van herkomst en dat het vreemde recht op dezelfde manier moet worden toegepast zoals een rechter van die staat dat doet. Slechts de Engelse rechter past zijn eigen regels van *statutory construction* toe wanneer de vreemde uitlegregels niet zijn bewezen. Dit is een nadeel, omdat zo een forale invulling aan buitenlands recht kan worden gegeven die niet gerechtvaardigd is.

Maar ook de Duitse benadering kent zijn nadelen, aangezien de Duitse rechters zelfs zo ver zouden mogen gaan dat zij het vreemde recht kunnen '*fortbilden*'.[209] Het argument daarvoor lijkt gevonden te worden in de internationale beslissingsharmonie: de rechter moet zo veel mogelijk in de plaats van de vreemde rechter treden en dus ook de interpretatieve bevoegdheden van de vreemde rechter kunnen uitoefenen. Het moet immers voor de partijen geen verschil maken waar zij procederen. Hoewel dat conform de doelstellingen van het conflictenrecht lijkt te zijn, is het de vraag of aan dat uitgangspunt geen (inherente) grenzen gesteld zijn. Er bestaat immers verschillende gradaties in de manier waarop het uitlegprobleem zich kan manifesteren. Eenvoudige uitlegproblemen zullen zonder meer door de rechter opgelost kunnen worden, ook wanneer het daarbij om buitenlands recht gaat. Complexere problemen, daarentegen, vereisen een zeer goede (achtergrond)kennis van het betrokken vreemde recht en de cultuur die daarbij hoort om tot een acceptabel resultaat te kunnen komen. Het is zelfs de vraag of '*Rechtsfortbildung*' door de internationale beslissingsharmonie wel wordt vereist. Een interpretatie *contra legem*, of zelfs tegen recente uitspraken van de hoogste rechter in, zal mogelijk zelfs in strijd zijn met de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels die in het huidige ipr wordt gepostuleerd. Een dergelijke bevoegdheid zou mogelijk te veel inbreuk maken op de soevereiniteit van de vreemde staat . Ook is daarbij de kans aanwezig dat zo'n interpretatie door de lex fori wordt 'ingekleurd'.

414 Toetsing aan vreemde grondwet?

Duitse rechters zouden zelfs de bevoegdheid hebben om het vreemde recht aan de vreemde grondwet te toetsen, voor zover de vreemde rechter deze bevoegdheid ook heeft. Dit laatste lijkt echter onverdedigbaar. Om te beginnen is de grondwettelijkheid van een bepaalde bepaling van materieel (privaat)recht een staatsrechtelijke kwestie, en valt deze dus niet alleen buiten de verwijzingscategorie van de betreffende conflictregel, maar zelf buiten het bereik van het ipr en het privaatrecht als geheel. Daar komt bij dat het concept van constitutionele toetsing inherent met de

209 Zie paragraaf 3.4.4.

geldende staatsverhoudingen is verbonden. Het betreft immers een *intern* correctiemechanisme van de staat waarvan recht het geval beheerst. Zolang van dat mechanisme in de staat van herkomst geen gebruik is gemaakt, moet worden aangenomen dat de toe te passen rechtsregels nog steeds tot het geldend recht behoren. Dit lijdt slechts uitzondering wanneer de vreemde rechter, of een ander orgaan dat met de constitutionele toetsing is belast, deze regels ongrondwettelijk heeft verklaard. Zolang dat niet is gebeurd, moet worden uitgegaan van het vermoeden van grondwettelijkheid. Voorts zou een dergelijke bevoegdheid onder omstandigheden in het vaarwater van de openbare orde-exceptie terecht kunnen komen en daarmee verward kunnen worden. Het risico op een 'forale' interpretatie van de vreemde grondwet is daarmee te groot, wat juist de internationale beslissingsharmonie zou ondermijnen.

6.3.5 Toetsing in hogere instanties van de toepassing van buitenlands recht

415 Discriminatie naar rechtsstelsel?

Het Nederlandse en Duitse systeem van cassatie respectievelijk van *Revision* toetsen niet of de lagere rechter het buitenlands recht juist heeft toegepast. Eerder betreft het een vorm van 'marginale toetsing' die zich richt op de motivering dan wel de inspanningen van de lagere rechter op dit vlak. Vanuit het oogpunt van de internationale beslissingsharmonie kan hierop het nodige worden aangemerkt. Het lijkt op het eerste gezicht van een gebrek aan internationalistische geest te getuigen om de hoogste rechter niet te verplichten het vreemde recht te toetsen. Ook is wel aangevoerd dat dit in EU-verband een ontoelaatbare vorm van discriminatie is. Hoewel dit laatste voor twijfel vatbaar is,[210] is er voor deze 'achterstelling' wel een rechtvaardiging te vinden in de aard van de functie van de hoogste rechter, namelijk om de eenheid en ontwikkeling van het eigen recht te bewaken. Ook het 'hybride' karakter van buitenlands recht speelt een rol. Het is immers wel recht, maar wel recht dat soms met vergelijkbare middelen achterhaald moet worden die gelden voor de vaststelling van feiten. Voor een dergelijk proces is niet altijd plaats in hoogste instantie.

416 Supranationale aspecten

Bovendien is het de vraag, of het niet in strijd met het attributiebeginsel is wanneer de EU van nationale rechters vereist elkaars rechtsstelsel op materieel vlak verder te ontwikkelen, zeker wanneer het recht van een derde staat van toepassing is. Ook kan het beginsel van loyaliteit niet baten. Wanneer deze plicht immers zou voortvloeien uit het gegeven dat nationale rechters ook Unierechters zijn, kan uit de rechtspraak van het Hof van Justitie EU eerder het tegenovergestelde worden afgeleid. Het Hof in Luxemburg heeft immers geoordeeld dat de Europese gerechten, die met het nationale recht van een lidstaat worden geconfronteerd omdat Unierecht daarnaar

210 Ook Flessner zelf meent dat non-discriminatie alleen betrekking heeft op personen en niet op rechtsverhoudingen, zie Flessner, *ZEuP* 2006, p. 738.

verwijst, dit als een feit mogen behandelen behandelen.[211] Verder omvat art. 6 EVRM in beginsel geen algeheel recht op een hogere instantie.[212]

417 Rechtsbescherming

Dit neemt niet weg dat er wel uitzonderingen op deze regel gemaakt kunnen worden. Vanuit het rechtsbeschermingsperspectief is het aan te bevelen dat partijen de toetsing van vreemd recht kunnen aanvechten. Wel zouden de hoogste rechters dan over een infrastructuur moeten kunnen beschikken, waarbij zij op relatief voortvarende wijze aan informatie over vreemd recht kunnen komen, zoals bij directe communicatie met de corresponderende hoogste rechterlijke instantie van de (lid)staat waarvan het recht van toepassing is.

6.3.6 Voorrangsregels

418 Onduidelijkheid

In de geselecteerde rechtsstelsels lijkt de processuele status van buitenlandse voorrangsregels tamelijk onderbelicht te zijn. In het Engelse recht is deze vraag vooral toegespitst op het probleem van 'illegality of contract'. Wanneer daarvan sprake is, mag de Engelse rechter ambtshalve optreden. Niet duidelijk is of de rechter daartoe zelfstandig onderzoek naar de inhoud van vreemd recht mag of zelfs moet verrichten. In Nederland is over deze vraag ook geen duidelijke handleiding te vinden in primaire bronnen als wetgeving of rechtspraak. Er zijn slechts aanwijzingen te vinden in de conclusies A-G in een aantal zaken die zich voor de Hoge Raad hebben afgespeeld en welke, althans in de recente zaken, erop neerkomen dat de regel van art. 10:2 BW eveneens voor voorrangsregels van buitenlandse origine geldt. Deze redenering gaat daarbij uit van een veralgemenisering van het begrip 'recht dat door een regel van internationaal privaatrecht is aangewezen', en lijkt dus ook voorrangsregels te omvatten door deze met het toepasselijke recht op één lijn te stellen.

Het is evenwel de vraag of dit een wenselijke situatie is. Wanneer ervan wordt uitgegaan dat in de Nederlandse situatie voorrangsregels inderdaad ambtshalve moeten worden toegepast, betekent dit dat er weinig oog is voor de praktische moeilijkheden die met de ambtshalve toepassing van vreemde voorrangsregels gepaard gaan, zoals ook A-G Spier al heeft betoogd in een eerdere zaak.[213] Want welke regels zijn inderdaad van een dergelijk gewicht dat de vreemde staat bij de handhaving daarvan belang heeft? En waar zijn deze te vinden? Want een complicerende factor in

211 HvJ EU 5 juli 2011, zaak C-263/09 P, ECLI:EU:C:2011:452 (*Edwin Co Ltd./BHIM & Elio Fiorucci*).

212 Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 56-57. Hij erop wijst dat dit vaste rechtspraak betreft sinds EHRM 17 januari 1970, zaak 2689/65, serie A, vol 11 (*Delcourt/België*), r.o. 25. Zie recent EHRM 18 oktober 2016, zaak 31517/12, ECLI:CE:ECHR:2016:1018JUD003151712 (*Miessen/België*), r.o. 64; EHRM 1 september 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0901JUD002406213, zaak 24062/13, (*Marc Brauer/Duitsland*), r.o. 33.

213 Conclusie A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2000:AA5259, bij HR 24 maart 2000, *NJ* 2000/342, *NIPR* 2000/201 (*AXA Schade NV/CW Lease NV*), onder 3.54: '[d]e taak van de vaak toch al overbelaste rechter wordt aldus praktisch onuitvoerbaar'.

dit verband is dat de voorrangsregels vaak buiten de verwijzingscategorie vallen die relevant is voor het bepalen van het toepasselijke recht, en mogelijk niet eens tot het domein van het privaatrecht behoren. Het is voor een rechter in het buitenland lastig om uit eigen beweging deze regels te kunnen opsporen, voor zover zij althans niet algemeen bekend zijn. Ook is het vanwege de sterke verbondenheid met het feitencomplex en de concrete afweging van de betrokken belangen van een vreemde staat bij de handhaving van diens voorrangsregels vaak lastig om in abstracto aan deskundigen naar het bestaan van dergelijke regels te vragen, zonder althans overspoeld te worden met alle mogelijk in aanmerking komende regels van dwingende aard. De 'openbare belangen' van de betrokken vreemde staat kunnen immers van verschillende aard zijn en bijvoorbeeld – maar niet uitsluitend – de belangen van de politieke, sociale of economische organisatie van de staat betreffen. Dit komt neer op een breed scala aan regels die voor handhaving in aanmerking kunnen komen.[214] Er zal daarom behoefte zijn aan een partijdebat om de juiste rechtsvragen te kunnen distilleren en om over de al dan niet dwingende aard van de betreffende regels de argumenten voor en tegen te kunnen afwegen. Hier doet zich de paradox voor dat een uitzondering op het gewone conflictenrechtelijke procedé wordt gemaakt vanwege het 'bijzonder dwingende' karakter van de betrokken regels, terwijl juist het uitzonderingskarakter van de voorrangsregels het onderzoek naar de inhoud en strekking van die regels bemoeilijkt en deze grotendeels van het partijdebat afhankelijk maakt.

419 Europees ipr en voorrangsregels

In Europees verband roept verder de *Nikiforidis*-zaak[215] in dit verband nog een aantal aanvullende vragen op. In dat arrest heeft het Hof van Justitie EU immers geoordeeld dat art. 9 Rome I zodanig moet worden uitgelegd, dat slechts de voorrangsregels van de forumstaat of de staat van de uitvoering van de overeenkomst als 'rechtsregels' moeten worden toegepast, terwijl de voorrangsregels van andere staten als 'feitelijk element' in de beoordeling door de nationale rechter meegenomen kunnen worden. Het is niet duidelijk of hiermee ook de processuele status van dergelijke regels wordt bepaald; moeten eerstgenoemde soort voorrangsregels dan ook ambtshalve worden toegepast en de laatstgenoemde soort niet? Wat is de rol van het veroorlovende karakter van bijvoorbeeld art. 9 Rome I, welk artikel voorschrijft dat aan dergelijke regels gevolg 'kan' worden toegekend? Het is echter waarschijnlijk dat het gemaakte onderscheid in *Nikiforidis*, als een prejudiciële vraag die afkomstig is van de Duitse rechter, mede is ingegeven door de Duitse rechtspraak en doctrine, volgens welke een onderscheid gemaakt kan worden tussen enerzijds het toepassen van vreemde regels van bijzonder dwingend recht en anderzijds het (materieelrechtelijk) rekening houden met dergelijke regels ('datum'-theorie).[216]

---

214 Dat is dan ook de reden waarom wordt betoogd dat het procesdossier voor de toepasselijkheid van vreemde voorrangsregels bepaalde aanknopingspunten moet bieden of het anderszins een situatie betreft die de rechter extra bedachtzaam op de toepasselijkheid van dergelijke regels moet maken. Zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 110.

215 HvJ EU 18 oktober 2016, zaak C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774 (*Griekenland/Nikiforidis*).

216 Zie ook de conclusie van A-G Szpunar van 20 april 2016, ECLI:EU:C:2016:281,no. 97 e.v. Voor de achtergronden van dit debat, zie Kropholler 2001, p. 480 e.v.

420 Relatie met functie burgerlijk proces

Bij de afweging van de voor- en nadelen van ambtshalve toepassing van voorrangsregels van vreemde origine hoort ook te worden bezien welke functie aan de rechtspraak wordt toegekend en hoe dit zich verhoudt tot de positie van deze voorrangsregels. Het toepassen dan wel in aanmerking nemen van buitenlandse regels van bijzonder dwingend recht is voornamelijk gebaseerd op de gedachte dat staten elkaar steunen bij de bescherming van een 'gewichtig publiek belang'.[217] Aldus zou het gerechtvaardigd zijn om de toepassing van deze regels aan de partijdispositie te onttrekken.[218] Dit komt erop neer dat voornamelijk de rechtshandhavingsfunctie of belangenbehartigingsfunctie[219] van het burgerlijk procesrecht aan de orde is.

6.3.7 Bijzondere procedures: spoedeisendheid en verstek

421 Spoedeisende procedures

Met betrekking tot de spoedeisende procedures valt op dat de toepassing van het vreemde recht daar niet zo vanzelfsprekend wordt geacht als in bodemprocedures. Het recht van Engeland en Wales is in dat opzicht het duidelijkst: in beginsel vindt er geen onderzoek plaats naar de inhoud van vreemd recht. Dit kan worden verklaard door de procedurele context, omdat dat er een sterke nadruk op de fase van *trial* wordt gelegd. Alleen tijdens de 'trial' vindt in beginsel de bewijshandelingen plaats. In combinatie dat vreemd recht door deskundigenbewijs moet worden bewezen, maakt dat de toepassing van vreemd recht daarbuiten in beginsel geen plaats heeft. Bewijs van vreemd recht kan niet plaatsvinden via *affidavits*; anders moeten partijen hun procedures via de '*normal track*' aanhangig maken en niet via de '*fast track*'. In de continentale rechtsstelsels van Nederland en Duitsland valt op dat het uitgangspunt spiegelbeeldig is. In beginsel wordt ervan uitgegaan dat de rechter in een spoedeisende procedures ook ambtshalve het toepasselijke recht vaststelt en onderzoek. De Duitse positie schijnt op dat gebied strenger te zijn dan de Nederlandse, omdat de Duitse rechter vanwege de spoedeisendheid van de zaak wel eerder mag concluderen tot niet-vaststelbaarheid, maar het nog wel ambtshalve moet onderzoeken en toepassen. Dit terwijl de Nederlandse rechter, althans volgens de Minister, er eerder van mag afzien om het ipr toe te passen en kan overgaan tot de toepassing van de lex fori.[220]

De Engelse positie is weliswaar duidelijk, maar vanuit het oogpunt van de partijen mogelijk ook wat te streng. Het vreemde recht wordt door de formele benadering ervan eigenlijk gecompliceerd, terwijl dat niet altijd nodig hoeft te zijn. Wanneer het immers eenvoudigweg is vast te stellen aan de hand van affidavits, valt

217 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 110.
218 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 110.
219 Asser Procesrecht/Giesen 1 2015/12.
220 Ook al lijkt de literatuur er de voorkeur aan te geven, het beginsel van accessoriteit zoveel mogelijk tot zijn recht te laten komen.

niet goed in te zien waarom niet binnen de mogelijkheden die de procedure biedt daaraan aandacht kan worden gegeven. Wel moet worden toegegeven dat de Engelse positie meer blijk geeft van werkelijkheidszin. In de meeste gevallen past het niet om in een zaak waar spoedeisendheid de boventoon hoort te voeren, te veel aandacht te geven aan complicerende factoren als de toepassing van vreemd recht. Ook telt mee dat partijen via de weg van een spoedeisende procedure hetzelfde resultaat kunnen verkrijgen als via 'gewone' procesgang. Dit is een bezwaar van het Duitse systeem: waarom moet de rechter de spoedeisendheid van de zaak opofferen om alsnog een (voorlopig) onderzoek naar vreemd recht uit te voeren, terwijl de gecompliceerdheid van dat onderzoek bij voorbaat vaststaat? Dat hij vervolgens sneller tot de conclusie mag komen dat vreemd recht niet op korte termijn is vast te stellen, om daaraan vervolgens de conclusie te verbinden dat Duits recht als surrogaatrecht mag worden toegepast, komt in wezen neer op een vorm van facultatief conflictenrecht. Het is moeilijk voor te stellen dat de betekenis van vreemd recht zo eenvoudig is vast te stellen, dat de rechter dat recht haast zonder nader onderzoek kan toepassen. Dit is een verschil met de Engelse positie: daar kunnen partijen in potentie zeer uitgebreide *affidavits* overleggen om een eenvoudige rechtsvraag te beantwoorden, maar wordt dit niet steeds toegestaan. De Nederlandse positie lijkt een alternatief te bieden: weliswaar wordt geen afbreuk gedaan aan de ambtshalve toepassing van vreemd recht, maar de rechter kan gemakkelijker overgaan tot het besluit vreemd recht buiten toepassing te laten. Daar wordt een belangenafweging tussen spoedeisendheid en ambtshalve toepassing gemaakt. Wel wordt het beginsel van accessoriteit wellicht wat overdreven en kunnen de verschillen tussen de toepassing van het recht in bodemprocedures en in kort geding gemakkelijk worden gerechtvaardigd met een beroep op de spoedeisendheid en de mogelijkheid om, zelfs wanneer de lex fori toegepast wordt, daar op een creatieve manier mee om te gaan en aldus met een andersluidende oplossing naar vreemd recht rekening te houden.

422 Verstekprocedures

Ten aanzien van verstekprocedures is de Engelse positie het eenvoudigst: wanneer partijen vreemd recht moeten stellen en bewijzen, wordt er in het geval van een niet-verschijnen ook geen vreemd recht toegepast. De in het Nederlandse en Duitse recht heersende opvatting, namelijk dat de rechter zich in beginsel een oordeel over de juridische situatie moet zien te vormen, lijkt een fictie te betreffen. Het is de vraag in hoeverre rechters tot een dergelijk onderzoek zouden overgaan. Het principieel afwijzen van de *Geständnisfiktion* in het Duitse recht, inhoudende dat de partij die niet verschijnt, instemt met de feiten, omdat de toepassing van vreemd recht geen feitelijke aangelegenheid is, valt evenwel niet te verdedigen. Ook de toepasselijkheid van buitenlands recht, dat slechts kan worden bepaald aan de hand van internationale elementen, is zodanig verweven met overwegingen van feitelijke aard dat een dergelijk argument niet zonder meer opgaat. Ook is partijassistentie bij het onderzoek naar vreemd recht veelal gewenst.

6.3.8 Arbitrage

423 Rechtstoepassing in arbitrage: flexibel, maar onbepaald

In arbitrale aangelegenheden spelen andere overwegingen mee dan in het geval van procedures voor de overheidsrechter. Gezien de aard van arbitrage als particuliere geschillenbeslechtingsmethode, is het niet verwonderlijk dat het beginsel van de partijautonomie een belangrijke rol speelt. Ook de flexibiliteit die met arbitrage gepaard gaat, is een waarde die bij het beoordelen van de geselecteerde rechtstelsels in acht moet worden genomen. Daarnaast is het eveneens relevant om te wijzen op de verschillende beginselen als hoor en wederhoor en de openbare orde die evenmin buiten beschouwing gelaten kunnen worden.

Het kan als een gemis worden ervaren dat de geselecteerde stelsels wel regelen welk recht van toepassing is, maar dat zij niet aangeven hoe de inhoud daarvan bepaald moet worden, of door wie. Deze onduidelijk kan daarentegen, juist door de grote mate van partijautonomie en de hoge mate van discretie die de arbiter heeft in procedurele aangelegenheden, op een praktische manier worden verholpen. Het ontbreken van *iura novit curia* als leidend principe is om die reden niet problematisch.[221]

In tegenstelling tot Nederland en Duitsland, gaat het Engelse stelsel in veel sterkere mate uit van een onderscheid tussen 'eigen' recht en 'buitenlands' recht. Dit onderscheid is niet alleen aanwezig in het kader van het arbitrale geding zelf, maar ook in de toetsing door de overheidsrechter. Kan de onjuiste toepassing van het recht alleen worden gerepareerd met een *appeal on points of law* als dit het Engelse recht betreft, en het tribunaal tevens in Engeland en Wales zetelde, voor het 'vreemde' recht geldt dat dit slechts mogelijk is op grond van het algemenere 'serious procedural irregularity'. Dit laatste ziet meer op procedurele onregelmatigheden bij het vaststellen en toepassen van het recht en betreft dus niet zozeer een toetsing van het materiële resultaat is. De rechtvaardiging voor dit onderscheid is niet duidelijk, en in het kader van arbitrage, dat uit de aard der zaak een grensoverschrijdend karakter kan hebben, lijkt het ook niet wenselijk. Het soms wel aangehaalde belang van rechtsontwikkeling dat zou noodzaken tot de conclusie dat de overheidsrechter enigerlei controle moet toepassen, lijkt echter niet overtuigend. Het lijkt overigens innerlijk tegenstrijdig wanneer volgens het Engelse arbitragerecht door het scheidsgerecht dan wel door de partijen mag worden bepaald in hoeverre het scheidsgerecht op eigen initiatief de feiten en het recht mag vaststellen, terwijl de toepassing van het Engelse recht door een scheidsgerecht in Engeland en Wales vervolgens op materiële juistheid getoetst kan worden.

221 In vergelijkbare zin Centner, *Iura novit curia* 2019, p. 331-334.

6.3.9 Buitengerechtelijke en voluntaire aangelegenheden

424 Bijzondere positie conflictenrecht buiten rechte

Geen van de onderzochte rechtsstelsels kent een alomvattend regime voor buitengerechtelijke autoriteiten om met het toepasselijke (vreemde) recht om te gaan. Voor wat betreft het notariaat kent alleen het Duitse stelsel speciale voorschriften die meebrengen dat hij niet de plicht heeft internationale elementen op te sporen en te onderzoeken. De notaris hoeft partijen slechts te wijzen op de aanwezigheid van dergelijke elementen en daarvan een aantekening in de akte te maken. In het Engelse stelsel wordt aan de 'buitengerechtelijke' toepassing van vreemd recht vrij weinig aandacht besteed, te meer daar het begrip 'buitengerechtelijk' daar een andere lading heeft dan op het continent.[222] Daar wordt het probleem op een andere manier benaderd, door – althans voor het opmaken van documenten - een bijzondere beroepsgroep van de *scrivener notaries* in het leven te roepen die in Londen en omstreken werkzaam zijn.[223] Voor het overige worden notariële taken vooral door *solicitors* uitgevoerd. In het Nederlandse stelsel wordt op relatief simplistische wijze de taak die de rechter in dit verband heeft één-op-één opgedragen aan buitengerechtelijke autoriteiten.[224] Men kan zich afvragen of hierbij wel voldoende rekening is gehouden met de bijzondere positie die het buitenlands recht inneemt in extrajudiciële verhoudingen, met name voor wat betreft het onderzoek naar de inhoud van vreemd recht, de aanwezigheid van internationale elementen en het ontbreken van typisch procesrechtelijke aspecten, zoals dispositievrijheid, redelijke termijn, en hoor en wederhoor.

Met betrekking tot ambtenaren van de burgerlijke stand en overige ambtenaren die met registratie zijn belast, valt op dat hun functie beter gereguleerd is. Toch kent ook de toepassing van het vreemde recht geen bijzondere plaats in die regeling. Een reden daarvoor kan zijn dat het ambt van abs of *Standesbeamter* zodanig van dat van de rechter verschilt, dat een bijzondere regeling niet nodig kan worden geacht.

425 Voluntaire procedures

Voor voluntaire procedures kennen de rechtsstelsels in beginsel dezelfde benadering als voor contentieuze procedures, zij het aangepast aan de bijzonderheden van een dergelijke procedure. Deze ratio is logisch, aangezien ook in niet-contentieuze procedures er nog steeds sprake is van procedurele rechten die gerespecteerd moeten worden, zoals de voortgang van de procedure en het recht om gehoord te worden. Qua procedurele context is er dus een sterke overeenkomst met procedures met een contentieuze aard. Anderzijds brengt de bijzondere positie van de rechter mee dat de regels veelal worden versoepeld. Zo zal, indien sprake is van in het

222 Zie paragraaf 4.7., waar melding is gemaakt van het voor Engeland en Wales typerende onderscheid tussen 'courts' en 'tribunals'.

223 Zie Melis/Waaijer 2019/32.3.

224 Via een grammaticale interpretatie van art. 10:2 BW; zie *Kamerstukken II* 2009-10, 32 137, nr. 3 (MvT), p.8.

geding zijnde, publieke belangen zowel de Nederlandse rechter (op grond van de processuele openbare orde) als de Duitse rechter (vanwege de *Untersuchungsmaxime* van het FamFG) ambtshalve optreden, desnoods buiten de partijen om. Dit zal, vanwege de in die stelsels al geldende plicht tot ambtshalve toepassing van (vreemd) recht, slechts betekenis hebben voor het vaststellen van de rechtsaanwijzingsfeiten als voor de procedurele beperkingen in hoger beroep. Gezien de belangen die er mee gemoeid zijn, is een dergelijke ambtshalve optreden toe te juichen, omdat de aard van de onderliggende rechten vereisen dat zo veel mogelijk wordt aangesloten bij het recht dat het geval behoort te beheersen. In zoverre lopen conflichtenrechtelijke en materieelrechtelijke belangen samen. Ook het Engelse recht houdt rekening met de aard van niet-contentieuze procedures. Zo kan in *probate*-zaken ook door middel van een affidavit worden bewezen hoe het buitenlandse recht luidt. Op die manier wordt rekening gehouden met de omstandigheid dat dergelijke zaken niet altijd op tegenspraak zijn, hetgeen normaliter wel het uitgangspunt is van de (accusatoire) Engelse 'fact doctrine'.

6.4 Conclusies

426 Verschil in theorie, overeenkomst in de praktijk

Al met al wordt in de Nederlandse, Duitse en Engelse rechtsstelsels op een verschillende manier omgegaan met het probleem van vreemd recht. Zo is het beginsel 'iura novit curia' sterk verankerd in het Nederlandse en Duitse stelsel, maar niet in het Engelse. Op hoofdlijnen lijken de Nederlandse en Duitse stelsels het meest aan elkaar verwant, ook al heeft het Duitse recht op sommige vlakken een formelere inslag dan het Nederlandse. Het Engelse stelsel heeft wellicht de formeelste benadering. Desondanks moeten deze verschillen niet te sterk worden aangezet; qua effect staan de stelsels dichter bijeen dan op het eerste gezicht zou lijken. Verder is er een aanmerkelijk verschil dat het Engelse stelsel vreemd recht in appel een 'gunstiger' positie toekent dan het Nederlandse en Duitse. In arbitrage zijn de verschillen echter minder groot; ook daar is er de bijzondere constellatie dat het Engelse stelsel meer rechterlijke controle op de toepassing van het eigen recht kent. In buitengerechtelijke zaken lijken de verschillen ook minimaal.

De tussen de rechtsstelsels bestaande verschillen kunnen niet alleen maar worden verklaard door overwegingen van conflictenrechtelijke of procesrechtelijke aard. Veeleer worden deze verschillen veroorzaakt door de historische ontwikkelingen inzake de rechtsbronnen en het unificatieproces dat daaraan, bewust of onbewust, ten grondslag heeft gelegen. De proces- en conflictenrechtelijke context kunnen daaraan wel – multicausaal – hebben bijgedragen, maar niet op een doorslaggevende manier. Het praktische probleem, namelijk dat de rechter geen weet heeft van bepaalde rechtsstelsels, zoals het buitenlandse, heeft een vanuit de rechtsgeschiedenis beschouwd begrijpelijke oplossing gekregen. Wat de rechter kent, past hij toe; wat hij niet kent, past hij niet toe. Ongeacht de gekozen benadering zijn er steeds voor- en nadelen met elk systeem verbonden. Het Engelse systeem is erg duur, terwijl het Nederlandse en Duitse systeem het gevaar kennen

uit te gaan van de 'schijnzekerheid' dat ambtshalve rechterlijk optreden tot de juiste resultaten zal leiden.

Het voorgaande werpt dan ook de vraag op, wat de waarde is van het adagium 'iura novit curia' voor de toepassing van buitenlands recht in internationale gevallen. In hoeverre vereist het conflictenrecht een dergelijke benadering, en wat zegt de problematiek over de aard van buitenlands recht?

7. DE WAARDE VAN HET ADAGIUM *IURA NOVIT CURIA* VOOR BUITENLANDS RECHT

427 Probleem van vreemd recht en gepastheid van het adagium

In het voorgaande hoofdstuk is geconcludeerd dat de processuele status en behandeling van conflicten- en buitenlands recht is ingegeven door overwegingen van meer praktische dan principiële aard. De rechter kent het vreemde recht niet en hoeft dit ook niet noodzakelijkerwijze te kennen; en als de rechter van dat recht op de een of andere manier kennis heeft verkregen en daarin hiaten constateert of over de correcte toepassing ervan twijfels heeft, mist hij simpelweg het gezag om dit recht te vormen zoals dit bij het eigen recht mogelijk is. Het probleem van buitenlands recht in de civiele procedure laat zich dus samenvatten als het probleem van het ontbreken van de vereiste rechtskennis (i) en van het gezag over dat recht (ii), om welke reden soms aansluiting wordt gezocht bij de (veronderstelde) wil van de procespartijen om zo een verlegenheidsoplossing voor het ontstane probleem te bieden, welke verlegenheidsoplossing aanleiding geeft tot de vraag of deze wil van partijen ofwel door onwetendheid of kosten gebrekkig is gevormd, ofwel, wanneer zij bewust is uitgeoefend, leidt tot onzuivere of onwenselijke resultaten.

Ook is in het vorige hoofdstuk besproken dat *iura novit curia* vooral is ingegeven door overwegingen van deformalisering van het procesrecht, namelijk om datgene wat de rechter reeds kent niet onnodig te onderwerpen aan de bewijsvoering door partijen.[1] In zoverre, zo was dan ook de conclusie, dient dit adagium een vergelijkbaar doel als het Engelse concept van *judicial notice*, zij het dat beide begrippen anders zijn afgebakend. Want terwijl er bij de toepassing van het eigen recht een hoge mate van correlatie tussen beide begrippen valt te constateren, lopen zij in het geval van vreemd recht juist uiteen. Dit is mede ingegeven door de omstandigheid dat de hantering van *iura novit curia* in die situaties is afgeleid van diens toepassing voor het eigen recht. Deze analogische toepassing van het adagium is daarnaast versterkt door de opkomst van het beginsel van de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels, waardoor de acceptatie van *iura novit curia* voor deze gevallen een principiële grondslag heeft gekregen. Een en ander is dus niet gebaseerd op de pragmatische constatering dat die kennis bij de rechter ook daadwerkelijk aanwezig

1 Ook Centner lijkt de koppeling met de rechtskennis van de scheidsrechter te maken, zie Centner, *Iura novit curia* 2019, p. 334.

is, zoals het geval is bij het recht van het forum. Zo beschouwd heeft *iura novit curia* dus een heel andere, meer normatieve, lading wanneer het gaat om de toepassing van vreemd recht dan wanneer het gaat om de toepassing van de lex fori.

428 Analyse: vier elementen

Wanneer het probleem van buitenlands recht aldus wordt gedefinieerd, en het adagium *iura novit curia* dus voornamelijk een uiting van pragmatisme en proces-efficiëntie is, rijst de vraag welke rol een dergelijk adagium kan spelen wanneer de toepassing van buitenlands recht aan de orde is. Om dat te kunnen beoordelen, is het dienstig om het adagium in delen op te splitsen en per onderdeel diens waarde te beoordelen.[2] Hierbij gaat het om de volgende onderdelen:

I. '*iura*': hoe moet buitenlands recht worden gezien? Kan het onderscheid tussen feit en recht nog wel opgeld doen? Of moet een theorie worden ontwikkeld die de problematiek van vreemd recht op een zuiverder manier kan weergeven, zonder in een door starheid gekenmerkt debat te vervallen?
II. '*novit*': vreemd recht als kennisprobleem. In hoeverre kan de rechtstoepasser, meer in het bijzonder de rechter, aan voldoende kennis over de inhoud en strekking van buitenlands recht geraken? Welke middelen staan hem ter beschikking? Kan hij deze taak aan partijen 'delegeren' of niet? En reikt het 'novit' niet verder dan het recht, zoals bij proceselementen die eveneens de rechter bekend geacht mogen worden, zoals de *notoria*?
III. '*curia*': in hoeverre maakt het uit of de rechtstoepasser een rechter is of een andere, niet-gerechtelijke actor, zoals een arbiter of een notaris? Wat zijn de overeenkomsten tussen de verschillende categorieën en wat de verschillen? Wat is de invloed van procesrechtelijke beginselen?
IV. 'internationale gevallen': welk verschil maakt het of de zaak een internationaal karakter of een zuiver intern karakter heeft? Is verdergaand of juist minder vergaand rechterlijk handelen te verwachten naar mate het een internationaal of een intern geval betreft? En zo ja, wat is daarvoor dan de rechtvaardiging? Wat is de invloed van het conflictenrecht of de daaraan ten grondslag liggende methodologie?

Wanneer deze elementen zijn besproken, zullen in het licht van de daaruit voortkomende overwegingen de verschillende elementen van de processuele status van conflicten- en vreemd recht worden behandeld, zoals deze in Hoofdstuk 1 zijn opgesomd.[3] Getracht zal worden om voor de verschillende onderdelen tot een wenselijke benadering te komen. Deze kunnen als een soort 'richtlijnen' of 'standaarden' worden gehanteerd aan de hand waarvan nationale rechtsstelsels getoetst kunnen worden.[4] Voorts zal daarbij uitdrukkelijk de vraag aan de orde komen of het inderdaad wenselijk is om het adagium *iura novit curia* tot een beginsel van Europees

2 Centner splitst het adagium ook op, maar bespreekt vooral de etymologie van de afzonderlijke delen. Zie Centner, *Iura novit curia* 2019, p. 6-18.
3 Zie paragraaf 1.4.1.
4 Vgl. ook Siehr 2014, p. 166-171 ('principles').

ipr te maken of althans op bovenstatelijk niveau een regeling met een dergelijke strekking tot stand te brengen, zoals dit door sommige auteurs wel als noodzakelijk wordt gezien.[5]

7.1 'Iura': het karakter van buitenlands recht

429 Een theoretisch onderscheid

Een belangrijk deel van het debat richt zich op de vraag naar de aard of het karakter van vreemd recht: hoe moet dat recht, in een stelstel waarin normaliter slechts het eigen recht en de feiten als proceselementen een rol spelen, worden gezien? Qua structuur is het immers ontegenzeggelijk 'recht', maar qua onbekendheid kan het op één lijn met bijvoorbeeld de feiten worden gezet. Over deze vraag hebben vele schrijvers zich in het verleden uitgelaten en vaak heeft men aansluiting gezocht bij het onderscheid tussen 'feit' en 'recht'. Deze theorie, ook wel de 'feit-recht'-dichotomie ('*fact-law dichotomy*'; 'Rechts- und Tatsachenelemente')[6] genoemd, is weliswaar sterk in de literatuur verankerd,[7] maar is tegelijktertijd ook omstreden.[8] Het is daarom aangewezen om eerst de merites van deze theorie te onderzoeken, alvorens de karakterisering van buitenlands recht te kunnen bespreken en desnoods naar een alternatieve typering te zoeken.

7.1.1 Buitenlands recht: karakterisering

430 Feit of recht?

Zoals gezegd wordt de discussie rondom de processuele status van het recht van een andere staat veelal gevoerd met inachtneming van het zogenaamde 'feit-recht'-onderscheid.[9] Dit houdt in dat de vraag hoe dat recht moet worden gekwalificeerd, wordt beantwoord door dit recht ofwel te classificeren als een 'feit', dat aldus door partijen dienovereenkomstig 'bewezen' moet worden, ofwel als 'recht', hetgeen inhoudt dat de rechter het vreemde recht op dezelfde manier behandelt als het eigen recht, en dus ambtshalve de inhoud en strekking ervan moet vaststellen en toepassen. Rechtsstelsels worden vervolgens in een van deze categorieën geplaatst. Aangezien een al te zuivere tweedeling tussen de 'feitelijke' en de 'juridische' benadering niet altijd mogelijk is, worden sommige rechtsstelsels gerekend tot de

5 Zie Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 404 e.v.; 'Madrid Principles', Principle I jo. IV; Azcárraga Monzonís 2013, p. 104-125. Ook Von Hein, 'Einleitung IPR', in: MüKo, aant. 292, lijkt een voorstander van ambtshalve toepassing te zijn.

6 Zie, o.a., Zajtay, *Stellung* 1963, p. 10-11; Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 264-271.

7 Zie de recente studies die van het onderscheid nog gebruik gemaakt hebben, zoals het Esplugues. e.a, *Application of Foreign Law* 2011, en het onderzoek van Nishitani e.a., *Treatment of Foreign Law* 2017 (ook al wordt het onderscheid in het General Report kritisch beschouwd, zie Nishitani, in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 17-20). Zie ook Hoofdstuk 1 en 6.

8 Zie Zajtay, *Stellung* 1963, p. 11, 12-15.

9 Zie noot 4.

zogeheten 'hybride' stelsels.[10] Dit betekent dat het betrokken stelsel eigenschappen heeft die tot beide categorieën kunnen worden gerekend. Om die reden wordt wel gezegd dat het buitenlands recht in die stelsels het karakter van een '*tertium genus*'[11] heeft of dat het een 'derde categorie'[12] betreft.

431 Argumenten voor beide benaderingen

Of vreemd recht als 'feit' of als 'recht' moeten worden bezien, betreft een oude discussie. Voor beide standpunten kunnen argumenten worden aangedragen. Zo wordt ter rechtvaardiging van met name de 'feitelijke' benadering, naast het ontbreken van daadwerkelijke kennis van dat recht, ook wel het argument aangevoerd dat het vreemde recht niet wordt afgekondigd zoals dat bij het eigen recht gebeurt. In het laatste geval kan de rechter, al is het dan bij wege van fictie, geacht worden daarvan kennis te hebben genomen. Omdat het vreemde recht echter niet wordt afgekondigd volgens de voorschriften van de forumstaat, kan de fictie van bekendheid om die reden ook niet opgaan. Daardoor zou het vreemde recht niet voldoen aan de eisen die wel aan het eigen recht worden gesteld. Het gevolg is dat daaraan niet het karakter van 'recht' wordt toegekend, maar dat het in plaats daarvan op gelijke voet met de feiten wordt gesteld.[13] In dit verband wordt ook wel het adagium aangehaald volgens welke eenieder geacht wordt de wet te kennen (*nemo censetur ignorare ius*), hetgeen dan niet zou gelden voor het recht van een andere staat.[14] Dat recht is immers geen wilsuiting van de soevereine macht van de forumstaat.[15] Buitenlands recht heeft daarom, zoals dat wel is genoemd, een '*caractère doublement accidentel*':[16] niet alleen hoeft de rechter van dat recht geen kennis te hebben omdat dit hem niet officieel is medegedeeld (bijvoorbeeld door afkondiging van wetgeving), maar ook heeft de vreemde wetgever geen gezag over de rechter die dat recht toepast, zodat een 'bevel' om diens recht toe te passen op hem geen effect heeft.

Ter ondersteuning van de benadering van vreemd recht als 'recht' wordt een beroep gedaan op de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels, zoals deze in het moderne conflictenrecht wordt gepostuleerd. Deze gelijkwaardigheid zou vereisen dat vreemd recht op dezelfde manier wordt toegepast als het eigen recht. Daar komt bij dat de voorstanders van deze benadering de nadruk leggen op het karakter van de rechtsregels, die zowel bij eigen en vreemd recht hetzelfde is. In de woorden van Zajtay:[17]

---

10 Zie bijv. Esplugues e.a., in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 16-17.

11 O.a. Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 109-117; Esplugues e.a., in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 17; Nishitani, in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 19-20.

12 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 11. Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 109, noemt het een 'tautologie' om te stellen dat vreemd recht geen feit of recht is maar 'vreemd recht'.

13 Zie Zajtay, *Stellung* 1963, p. 8-11.

14 Zie Zajtay, *Stellung* 1963, p. 22. Volgens Shelton 2013, p. 189, vtnt. 2, is nog niet nagegaan hoe dit principe zich verhoudt tot *iura novit curia*.

15 Zie Zajtay, *Stellung* 1963, p. 25-26.

16 De term is van Battifol, aangehaald bij Zajtay, *Stellung* 1963, p. 21.

17 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 16.

> 'Das ausländische Rechts ist (…) seiner Natur nach und seiner Struktur nach ein abstrakter und allgemeiner Imperativ, dessen Zweck die Regelung des menschlichen Verhalten ist (voetnoot weggelaten, auteur).'

Als immers zowel het eigen als het vreemde recht dezelfde abstracte regelstructuur hebben, kan ook dat laatste recht niet als een feit worden bewezen.[18] Verder zou bij het zogenaamde 'bewijs' van vreemd recht niet dezelfde consequenties getrokken kunnen worden als bij het bewijs van de 'gewone' feiten het geval is. Er vindt in de regel geen afwijzing van de vordering plaats indien vreemd recht niet wordt bewezen. Ook worden sommige bewijsmiddelen achterwege gelaten, zoals de getuigenis onder ede, etc.[19] Het soevereniteitsargument, op grond waarvan wetgeving alleen maar gelding zou hebben op het territoir van de staat namens welke deze wordt afgekondigd, kan ook gepareerd worden. Immers, het op soevereiniteit gebaseerde gezag kan wel degelijk aan de forumstaat ontleend worden, omdat deze staat de conflictregels heeft opgesteld. Met andere woorden, de forumsstaat geeft, via de verwijzingsregels, een '*Anwendungsbefehl*' aan diens eigen rechters.[20]

Uit deze discussie blijkt dat er verschillende argumenten zijn voor het ene of het andere standpunt. In wezen zijn deze argumenten gebaseerd op een aantal veronderstellingen. Zo zou er een bepaalde mate van soeverein staatsgezag moeten zijn om rechtsregels te kunnen toepassen. Verder moet er kennis van die regels zijn. Tot slot moet de behandeling volgens de ene of de andere benadering (grotendeels) consistent zijn.

432 Verstard concept

Het onderscheid tussen 'feit' en 'recht' is weliswaar ingeburgerd in het debat over de processuele positie van buitenlands recht, maar deze benadering wordt sinds langere tijd ook bekritiseerd.[21] Deze kritiek komt er in essentie op neer dat met het onderscheid een kunstmatige en te starre indeling wordt aangebracht tussen twee proceselementen ('feitelijke elementen' en 'rechtselementen'), en daaraan vervolgens de consequentie wordt verbonden dat het recht van een andere staat onder één van deze twee categorieën moet worden geschaard.[22] Het onderscheid wordt om die reden 'antithetisch'[23] genoemd of aangeduid als de 'leer van de exclusieve alternatieven'.[24] Door het starre onderscheid tussen 'feit' en 'recht' is

18 Zie, o.a., Zajtay, *Stellung* 1963, p. 16-18, 26-27.
19 Zie o.a. Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 106-109.
20 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 17-18.
21 Zie Sass, *AJCL* 1968, p. 333-334; Zajtay, *Stellung* 1963, p. 7-30, i.hb. p. 10-11 en 14-15; Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 75-85. Zie ook paragraaf 6.2.2.
22 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 7-11.
23 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 3-5. Eerder sprak Brauksiepe al van de '*streng alternative*' vorm voor het categoriseren van vreemd recht, zie Brauksiepe, *Anwendung ausländischen Rechts* 1965, p. 139.
24 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 7-11.

geen genuanceerd beeld van buitenlands recht mogelijk. Zo stelde Zajtay, vanuit het gezichtspunt van de Franse positie:[25]

> 'Einerseits ist ein Element, das allen Kriterien des geltenden französischen Rechts nicht entspricht und aus diesem Grunde nicht in die erste Kategorie eingeordnet werden kann, nicht notwendigerweise eine Tatsache. Andererseits kann das ausländische Recht Rechtsnatur haben, ohne deshalb notwendigerweise dem französischen Recht in jeder Hinsicht gleichgestellt werden zu müssen.'

Het verwijt is dat buitenlands recht, hoe het ook wordt behandeld, slechts bij wijze van verlegenheidsoplossing in een van deze categorieën wordt ingedeeld, om zo de processuele behandeling ervan te rechtvaardigen. Dit zegt evenwel nog niets over het daadwerkelijke karakter van dat recht. Dat vreemd recht wordt benaderd alsof het een feit is of alsof het eigen recht betreft, maakt het immers nog niet hetzelfde als een feit of als eigen recht. Het is, anders gezegd, slechts een metafoor om een bepaalde behandeling van dat recht in de procedure te verklaren,[26] of een 'stenografische omschrijving'.[27] Zajtay meent daarom ook dat het begrip 'recht' in deze zin slechts een beperkte opvatting van recht is, namelijk al het recht dat voldoet aan de eisen dat de forumstaat aan het (eigen) recht stelt.[28] Zolang dat niet het geval is, wordt het recht van een vreemde staat, vanwege de zogeheten 'exclusieve alternativiteit' van het onderscheid, haast als vanzelfsprekend ingedeeld bij de feiten.[29]

433 Alternatieve benaderingen

Vanwege de onvrede over het 'feit-recht'-onderscheid, hebben sommige auteurs ook wel een andere benadering gekozen. In plaats van aansluiting te zoeken bij het onderscheid tussen 'feit' en 'recht', gaven zij er de voorkeur aan om te spreken in termen van een 'passieve houding', een 'actieve houding' en een 'discretionaire houding' van de rechter wanneer deze zich met een ander recht dan de lex fori geconfronteerd ziet.[30] Hoewel deze benadering inderdaad een stuk neutraler is dan het 'feit-recht'-onderscheid, is zij echter niet zozeer beslissend om het karakter van buitenlands recht te duiden of te verklaren. Eerder is zij bedoeld om de *omgang* met dat recht te beschrijven. Naast het zuiver beschrijvende karakter valt ook op dat dit onderscheid tussen een actief, passief of discretionair handelende rechter alleen maar ziet op het deelprobleem van de verantwoordelijkheidstoedeling – wie

---

25 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 14-15. Opgemerkt zij dat in de tijd van Zajtay de Franse doctrine nog van mening was dat buitenlands recht als een 'feit' moest worden beschouwd.

26 Volgens Zajtay heeft een dergelijke typering slechts de waarde van een 'afkorting' van een langere zin, namelijk dat vreemd recht wordt behandeld als ware het een feit (of als ware het recht). Zie Zajtay, *Stellung* 1963, p. 18. Volgens Sass is het onderscheid tussen recht en feit een 'shorthand description' van de problematiek, zie Sass, *AJCL* 1968, p. 333.

27 Sass, *AJCL* 1968, p. 333 ('shorthand description').

28 Zajtay, *Stellung* 1963, p. 11.

29 Zie Zajtay, *Stellung* 1963, p. 11, die daar kritisch tegenover staat.

30 G.T. Yates, 'Foreign Law Before Domestic Tribunals', *Va. J. Int. L.* 1978, afl. 4, p. 725-751, op p. 728-730; Lalani, *Doubt Develops* 2012, p. 9-86; S. Lalani, 'Establishing the Content of Foreign Law: a Comparative Study', *MJ* 2013, afl. 1, p. 75-112, op p. 78-80.

introduceert het vreemde recht in de procedure en wie stelt dit vast? – en niet op andere deelproblemen, zoals de vermeend ongelijke behandeling in hoogste instantie of de consequenties van het gegeven dat de inhoud van het toepasselijke recht niet kan worden achterhaald. Het is daarom niet geschikt om te dienen ter verduidelijking van de aard van buitenlands recht als zodanig.

Op grond van het bovenstaande kan worden gezegd dat het onderscheid tussen 'feit' en 'recht' theoretisch onjuist is en het onderscheid tussen rechterlijke 'activiteit', 'passiviteit' en 'discretie' te onvolledig en te beschrijvend is. Om die reden is het wellicht adequater om van een nieuwe theorie uit te gaan, die wel recht doet aan het bijzondere karakter van buitenlands recht in de civiele procedure. In de woorden van Schlesinger:[31]

> 'The soundest approach would be to give up all attempts to characterize foreign law as either "fact" or "law" and to start writing a new theory on a clean slate.'

Schlesinger was overigens van mening dat dit in de VS onmogelijk was, vanwege de sterke verwevenheid met de 'fact theory' die daar destijds vigeerde.[32] Dit neemt niet weg dat de omstandigheden anders zijn voor het in de onderhavige studie behandelde onderwerp. Het betreft hier immers niet de Verenigde Staten, waar één opvatting over de status van vreemd recht lange tijd heersend is geweest, maar de Europese Unie, die wordt gekenmerkt door een grote verscheidenheid op dat gebied. Daar komt bij dat er een proces van toenemende unificatie van conflictenrecht plaatsvindt, met name op Europees niveau, hetgeen de tijd rijp maakt voor een nieuw perspectief op het probleem. Voorts hebben er zich gedurende de afgelopen decennia verschillende ontwikkelingen voorgedaan, vooral op het gebied van de informatie- en communicatietechnologie. Het lijkt dus aangewezen om het karakter van vreemd recht te heroverwegen en om, in de bewoordingen van Schlesinger, te beginnen met een 'nieuwe theorie op een schone lei'.[33]

7.1.2 Andere normencomplexen: overeenkomsten en verschillen

434 Drie normencomplexen

Hoe kan vreemd recht worden gekwalificeerd? In plaats van aan te haken bij de verschillen tussen proceselementen als 'recht' of 'feit', is het ook mogelijk om juist overeenkomsten te zoeken met andere, eveneens atypische, 'rechtsstelsels' of 'normencomplexen'.[34] Welke normencomplexen kunnen eveneens voor toepassing

---

31 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 3.

32 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 3-4. Tegenwoordig is de 'fact doctrine' niet meer zo sterk in het Amerikaanse recht verankerd. Zie Miller, *Mich. L. Rev.* 1967, p. 613-750; Geeroms, *Foreign Law* 2004, p. 364-365, no. 6.10-6.13; Hay, in: Nishitani (red.), *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 397-427, i.h.b. p. 401.

33 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 3.

34 Om verwarring met de ipr-terminologie te voorkomen, zal in het navolgende worden gesproken van 'normencomplexen' in plaats van 'rechtsstelsels'. Vgl. Giesen, *WPNR* 2008 (6772), p. 785, die in het kader van zelfregulering van 'normstelsels' spreekt.

in een civiele procedure in aanmerking komen, maar maken nochtans geen deel uit van het eigen – statelijke – recht van de rechter? Twee belangrijke voorbeelden kunen in dat verband worden aangehaald. Dit is in de eerste plaats het gewoonterecht,[35] dat immers zijn rechtvaardiging vindt in het gegeven dat een bepaalde gewoonte wordt gevolgd (*usus*) waaraan door de rechtssubjecten juridische waarde wordt toegekend (*opinio iuris* of rechtsovertuiging).[36] Ten tweede gaat het om wat in het Duits wel bekend staat als *Statutarrecht*, dat wil zeggen, meestal particuliere, althans non-statelijke, (rechts)handelingen die bepaalde bindende rechtsregels bevatten die ook voor rechtssubjecten die niet direct bij die rechtshandeling betrokken zijn, gevolgen kunnen hebben.[37] Onder deze vorm van zelfregulering vallen bijvoorbeeld cao's,[38] vaststellingsovereenkomsten volgens de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade[39] of de statuten en reglementen van een rechtspersoon. De inhoud van deze regels wordt door private partijen bepaald. De overheidsrechter is daaraan gebonden, ook al heeft hij een bepaalde beoordelingsvrijheid wanneer hij zich over het bestaan, de inhoud en de uitleg van deze regels een oordeel moet vormen.[40] In het verlengde daarvan kan aan zogeheten 'soft law'-instrumenten worden gedacht, zoals de Principles of European Contract Law of de Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Deze kunnen mogelijk als mate-

35 Zie voor de vergelijking met gewoonterecht ook Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 81-84.

36 Ook Savigny zag sterke overeenkomsten tussen het gewoonterecht en het buitenlandse recht, zie Savigny, *System*, 1. Band, no. 30, p. 190-191.

37 De exacte definitie van *Statutarrecht*, zoals dat althans wordt begrepen in het Duitse recht, lijkt niet eenvoudig te zijn. Er kunnen daarom verschillende definities worden gehanteerd. Zie Feurer 2010, p. 428-430.

38 Om welke reden een cao bijvoorbeeld ook anders wordt uitgelegd dan 'gewone' overeenkomsten, dat wil zeggen, overeenkomsten die zijn gesloten tussen partijen die bij de totstandkoming daarvan (direct) betrokken waren. Bij cao's is daarom niet het gebruikelijke Haviltex-criterium, maar de zogenaamde cao-norm van toepassing, welke inhoudt dat wordt gekeken naar de betekenis die naar de objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen van de overeenkomst. Ook in die context wordt rekening gehouden met het gegeven dat dergelijke overeenkomsten voor derden rechtsgevolgen kunnen hebben.

39 Art. 7:907 BW.

40 Daaraan kan nog de zogeheten *lex mercatoria* of *law merchant* worden toegevoegd, die, hoewel omstreden, in arbitrage een zekere rol speelt. Zie Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht* 2001, no. V.F.4. In meer algemene zin, zie F.J.M. De Ly, *Lex mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht* (diss. Gent), Antwerpen: Maklu 1989. Voor de overheidsrechter kan daarbij nog worden gedacht aan zogeheten 'non-statelijk recht', zoals de Principles of European Contract Law (PECL) of de Unidroit Principles of International Commercial Contracts. Dit recht kan door de partijen worden gekozen bij wijze van 'materieelrechtelijke rechtskeuze', wat wil zeggen dat zo'n keuze wordt opgevat als het bij contract afwijken van regels van aanvullend recht. Regels van dwingend recht worden daardoor niet terzijde geschoven. Verder kan ook het religieuze recht, zoals dat bijvoorbeeld speelt in sommige joodse of islamitische gemeenschappen, tot de categorie 'autonome rechtsorden' worden gerekend. Dit wordt versterkt door de eventuele benoeming van een lid uit de eigen religieuze gemeenschap als arbiter. Een bekend voorbeeld daarvan is de Britse zaak rondom de voormalig rechter Anthony Colman, die niet als arbiter kon worden benoemd omdat het arbitragebeding de benoeming van een gerespecteerd lid van de Ismaïli-gemeenschap voorschreef. De UK Supreme Court bevestigde de vrijheid van de partijen om zo'n eis te stellen en achtte deze niet in strijd met Europese anti-discriminatieregelgeving (*Jivraj v. Hashwani* [2011] UKSC 40).

rieelrechtelijke rechtskeuze een rol spelen, maar zullen bepalingen van dwingend recht niet terzijde (kunnen) schuiven.

435 Overeenkomsten

Deze drie categorieën van 'normencomplexen' hebben met elkaar gemeen dat zij, althans qua inhoud, niet behoren tot het statelijke recht van de rechter die deze regels moet toepassen.[41] Hun inhoud wordt immers niet bepaald door het soevereine gezag van de forumstaat. In het geval van buitenlands recht is dat de soevereiniteit van een vreemde staat, in het geval van gewoonterecht is dat de gewoonte en in het geval van *Statutarrecht* zijn het de partijen c.q. particuliere (niet-statelijke) actoren die de rechtshandeling tot stand hebben gebracht. De forumstaat brengt deze regels niet tot stand, maar tolereert ze alleen maar in weerwil van het eigen (statelijke) recht, en mist zodoende dus het gezag om de inhoud van deze regels voor te schrijven. Om dezelfde reden mist de overheidsrechter dan ook het gezag om de 'rechtseenheid' of de 'rechtsontwikkeling' van dat recht te waarborgen. Hoogstens kan de toepassing van dergelijke regels worden geweigerd, wanneer zij qua inhoud of strekking als onwenselijk worden beschouwd. In het geval van vreemd recht zal dit het geval zijn wanneer hun inhoud of toepassing strijdig met de internationale openbare orde zijn, terwijl het in het geval van gewoonterecht of *Statutarrecht* zal gaan om bepalingen van dwingend recht.

Daarnaast kennen deze drie normencomplexen nog een andere overeenkomst. Zo is hun toepasselijkheid afhankelijk gesteld van het statelijke recht. Immers, slechts voor zover het statelijke recht dat toestaat, krijgt in een gegeven geval een gewoonterechtelijke regel voorrang, mag een privaatrechtelijke rechtshandeling als een cao afwijken van dwingend recht of zijn het conflictregels die bepalen dat niet het eigen, maar juist het vreemde recht van toepassing is. Om die reden is het ook verklaarbaar dat wordt teruggevallen op het eigen statelijke recht van de rechter wanneer dergelijke regels om de een of andere regel niet komen vast te staan. Het statelijke recht behoudt eenvoudigweg haar subsidiaire gelding. Immers, indien niet duidelijk is hoe een gewoonterechtelijke regel luidt, bijvoorbeeld omdat de gewoonte niet bewezen is, behoudt het statelijke recht (wettenrecht, jurisprudentie) zijn geldingspretentie. Indien niet gebleken is dat bijvoorbeeld een cao tot stand is gekomen, herleeft de wettelijke regeling van arbeidsrecht of blijft, in geval van nawerking, de vorige cao van toepassing.[42] En wanneer niet duidelijk is of de feiten wijzen op de toepasselijkheid van vreemd recht, of wanneer de inhoud van dat recht niet is komen vast te staan, is het ook begrijpelijk dat de rechter een beslissing geeft overeenkomstig de lex fori, zoals in veel rechtsstelsels gebruikelijk is. Als het statelijke recht immers zelf bepaalt wanneer het niet toepasselijk is en op die manier 'voorrang' verleent aan andere stelsels van rechtsregels, ongeacht of dit vreemd recht of een ander normencomplex betreft, herleeft het statelijke recht wannneer om de een of andere reden dat andere stelsel niet bekend is.

---

41 Verder valt op dat zij alle drie door § 293 ZPO worden bestreken.

42 Zie bijvoorbeeld art. 19 Wet CAO.

436 Verschillen

Vanzelfsprekend zijn er ook verschillen aan te wijzen tussen de verschillende normencomplexen. Een belangrijk verschil tussen enerzijds buitenlands recht en anderzijds gewoonterecht of *Statutarrecht* is dat het eerstgenoemde recht, in tegenstelling tot de andere twee stelsels, wel een statelijke oorsprong heeft, zij het van een andere staat dan de forumstaat. Ook kan voor buitenlands recht andere normen gelden dan voor de twee andere normencomplexen, aangezien de laatste zijn gebaseerd op feiten die in beginsel bewezen moeten worden. Bij het gewoonterecht gaat het om het bestaan van de gewoonte waarop het gewoonterecht is gebaseerd. Dit heeft ook consequenties voor de behandeling in hoogste instantie, zoals in cassatie.[43] *Statutarrecht*, zoals een cao, bestaat uit een privaatrechtelijke rechtshandeling en de totstandkoming en de inhoud daarvan zal als zodanig moeten worden bewezen.[44] Dit is het verschil met buitenlands recht dat, hoewel het in sommige stelsels ook als een feit bewezen moet worden, voornamelijk deskundigenbewijs betreft en niet zozeer het bewijs van het bestaan van de rechtsbronnen zelf, zoals wetgeving, rechtspraak of literatuur. Kortom: het bestaan van de *bron* waaruit het betrokken normencomplex voortvloeit is niet zozeer onderhevig aan bewijs, slechts de *inhoud* van die bronnen. Dit is anders bij de gewoonte of *statuta*, omdat die normen voortvloeien uit een rechtsbron (gewoonte, rechtshandeling) waarvan het bestaan in principe aan bewijsvoering onderworpen is.[45]

Een derde verschil is dat er voor de toepasselijkheid van het recht van een andere staat er bijzondere regels bestaan (verwijzingsregels) die uitmaken wanneer van die toepasselijkheid sprake is. In tegenstelling tot het gewoonterecht en het *Statutarrecht*, die immers toepasselijk worden wanneer een regel van materieel recht dat toelaat, is het conflictenrecht een bijzonder rechtsgebied dat wordt beheerst door eigen beginselen en een eigen rechtvaardigheidsideaal ('conflicts justice'[46]) kent. Het maakt verder niet uit of dit mechanisme Savigniaans van aard is of statutistisch, want ongeacht de gekozen verwijzingsmethode blijft de mechaniek dezelfde: alleen omdat het statelijke recht daarin voorziet, kan vreemd recht van toepassing worden. In essentie blijft het ipr immers nationaal recht, ook al zijn er inmiddels vele internationale instrumenten tot stand gebracht.[47] Welke gevolgen heeft dit? Om te beginnen betekent dit dat de vraag naar de toepasselijkheid van het recht van een

43 Zo luidt art. 79 lid 2 RO: 'Feiten waaruit het gelden of het niet gelden van een regel van gewoonterecht wordt afgeleid, worden voorzover zij bewijs behoeven, alleen op grond van de bestreden beslissing als vaststaande aangenomen.

44 Zo ook Giesen, *WPNR* 2008 (6772), p. 788. Anders: Bentvelzen, *RM Themis* 2016, p. 235, die zelfregulering als recht ziet. Anders in Duitsland, waar het BAG geoordeeld heeft, dat wanneer uit de stellingen van partijen naar voren komt dat '*tarifliche Normen*' van belang zijn voor de beslissing, de rechter de inhoud van deze normen aan de hand van de maatstaven van § 293 ZPO moet vaststellen, met inbegrip van het tijdstip van inwerkingtreding daarvan. Een subjectieve bewijslast bestaat voor die normen niet. Zie BAG 9 augustus 1995 – 6 AZR 1047/94, *NZA* 1996, 994.

45 Anders: Bentvelzen, *RM Themis* 2016, p. 235.

46 Zie, o.a. De Boer, *RCADI* 1996, p. 291-293.

47 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/5.

ander land een eigen feitencomplex vereist (de internationale elementen), aan de hand waarvan die vraag beantwoord moet worden. Voorts zal de lex fori niet noodzakelijkerwijze weer herleven als de inhoud van vreemd recht niet wordt achterhaald. Sommigen hebben immers betoogd dat in zo'n geval beter aansluiting kan worden gezocht bij een volgens de verwijzingsregel subsidiair toepasselijk recht, of bij een zogenaamd 'verwant' stelsel, in de hoop zo meer recht te doen aan het internationalistische karakter van het rechtsgebied. Het kan in het midden worden gelaten of dat terecht is, maar wel is het zo dat het internationale karakter van het geschil soms tot gevolg heeft dat een andere afweging wordt gemaakt dan in het geval van bijvoorbeeld het gewoonterecht.

7.1.3 Een alternatieve typering

437 'Autonoom' versus 'heteronoom' recht

Naar aanleiding van het bovenstaande rijst de vraag welke benadering gekozen kan worden die recht doet aan de overeenkomsten en verschillen tussen de genoemde normencomplexen. Het 'feit-recht'-onderscheid kan ook hier geen diensten bewijzen, omdat dit onderscheid, zoals gezegd, het gevolg is van een antithese die op onjuiste uitgangspunten is gebaseerd. Een typering die het karakter van vreemd wellicht beter verklaart, is die waarbij naar de *oorsprong* van de norm wordt gekeken: is deze afkomstig van de soevereine staat of niet? Deze denkwijze is bijvoorbeeld in het arbeidsrecht niet onbekend, waar een onderscheid wordt gemaakt tussen het zogeheten *autonome* arbeidsrecht, dat is het arbeidsrecht dat de sociale partners zelf hebben opgesteld in de vorm van cao's of vergelijkbare instrumenten met derdenwerking, en het *heteronome* arbeidsrecht, dat door de staat aan werknemers en werkgevers wordt 'opgelegd'.[48] Het eerste is zelfstandig in de samenleving ontstaan, terwijl het tweede letterlijk 'van buiten' het sociaal overleg komt. Het gezag van de eerste is gelegen in de wilsuiting van de rechtssubjecten, de tweede in het soevereine gezag van de staat. Wanneer dit wordt veralgemeniseerd, brengt het aldus gemaakte onderscheid tussen *autonoom* recht en *heteronoom* recht in deze context mee dat er een onderscheid bestaat tussen normencomplexen die hun oorsprong en inhoud ontlenen aan de staat ('heteronoom') en die hun oorsprong en hun inhoud daar juist niet aan ontlenen maar deze zelfstandig ('autonoom') hebben ontwikkeld. Gewoonterecht is in dat opzicht 'autonoom', want door de rechtssubjecten zelf tot stand gebracht (de gewoonte en de rechtsovertuiging), net als het *Statutarrecht*. Het eigen recht van de forumstaat kan dan als 'heteronoom' worden gezien.

---

48 Dit onderscheid is, wat althans het arbeidsrecht aangaat, terug te voeren op een debat tussen o.a. Molenaar en Levenbach. Zie voor meer informatie over de achtergronden van dit debat, C.J. Loonstra, 'Van autonoom tot heteronoom sociaal recht', *Beleid & Maatschappij* 1989, afl. 3, p. 145-154. Deze discussie is trouwens niet beperkt tot het arbeidsrecht. Overigens moet worden onthouden dat de discussie over autonoom en heteronoom (arbeids)recht voornamelijk de vraag betrof, welke van deze twee het primaat zou moeten hebben, dan wel superieur zou zijn vanuit moreel oogpunt. In deze studie zal het onderscheid voornamelijk in beschrijvende c.q. verklarende, en niet in waarderende, zin worden gebruikt.

438 Relevantie voor vreemd recht

Wanneer het aldus gemaakte onderscheid wordt toegepast op het thema van buitenlands recht, betekent dit dat het eigen, statelijke, recht van de rechter in deze zin 'heteronoom' – want op grond van het forale staatsgezag 'opgelegd' – is, terwijl de normencomplexen die hun oorsprong elders vinden, waaronder het buitenlandse recht, als 'autonoom' kunnen worden gekenmerkt. Dit zou een groot deel van de overeenkomsten tussen de genoemde normencomplexen verklaren. In deze drie gevallen heeft de overheidsrechter immers geen gezaghebbende kennis van het recht of kan hij ook maar worden geacht deze te bezitten. Dit gegeven maakt inzichtelijk waarom er een grote mate van partij-invloed is, zoals bij het vaststellen van de inhoud van die rechtsregels. Verder maakt een dergelijk onderscheid duidelijk dat het betrokken rechtsstelsel in hoogste instantie een andere behandeling krijgt. Tot slot wordt zo duidelijk dat altijd kan worden teruggevallen op het eigen statelijke – en dus heteronome – recht als een vorm van 'surrogaatrecht'.

439 Vergelijking met andere normencomplexen

Ook is het genoemde onderscheid tussen autonoom en heteronoom recht in staat de verschillen tussen de drie genoemde normencomplexen te verklaren. Want buitenlands recht is weliswaar niet afkomstig van de staat van de aangezochte rechter, maar wel van een andere staat en dus is het, althans qua aard, nog steeds statelijk en dus heteronoom recht. Door het grensoverschrijdende karakter van de zaak heeft het zich echter een weg gevonden naar een rechter die niet onderworpen is aan het soevereine gezag van de staat die dat recht heeft gecreëerd.[49] Het is, in overdrachtelijke zin, bij het passeren van de grens van diens heteronomie ontdaan en verworden tot een 'autonoom recht', althans in het rechtsstelsel waar het zal worden toegepast. Maar dat neemt niet weg dat de heteronome trekken van dat recht nog wel aanwezig zijn. De rechter die een vreemd rechtsstelsel moet toepassen kan, wanneer hij daartoe althans in de gelegenheid wordt gesteld, door middel van contact met de autoriteiten van de betrokken vreemde staat in meer of mindere mate recht doen aan het heteronome karakter van dat recht. Zonder nadere hulp of middelen is hij daartoe echter niet in staat.

440 Verklarend concept

Wanneer het buitenlandse recht als een dergelijk autonoom recht met heteronome trekken wordt gezien, valt ook de metafoor van Goldschmidt beter te begrijpen, namelijk dat een rechter die eigen recht toepast als een 'architect' is maar een rechter die buitenlands recht toepast eerder een 'fotograaf' is.[50] Deze metafoor is niet in goede aarde gevallen, omdat men meende dat buitenlands recht zo als een

49 Zie Zajtay over de discussies in de Franse literatuur dat vreemd recht 'feit' is omdat het niet door de Franse wetgever is afgekondigd in daartoe bestemde gazetten: Zajtay, *Stellung* 1963, p. 8-9. en de aldaar aangehaalde literatuur.

50 Goldschmidt 1952, p. 217.

onveranderlijk gegeven wordt weergeven.[51] Dit is echter niet de essentie van Goldschmidts beeldspraak, die voornamelijk beoogde te zeggen dat de vreemde rechter niet hetzelfde gezag over dat recht kan doen gelden als over zijn eigen recht.[52] Voor zover met deze metafoor wordt geïmpliceerd dat het recht van een andere staat in min of meer 'geconditioneerde toestand' ('*tamquam cadaver*'[53]) toegepast wordt, kan zij worden onderschreven. De rechter kan buitenlands recht immers niet 'ontwerpen' of 'ontwikkelen', maar moet de essentie ervan zoveel mogelijk zien te benaderen met inachtneming van de hypothese dat dit recht intussen niet veranderd is.[54] Een zekere momentopname zal daarbij onvermijdelijk zijn. De beslissing van de rechter heeft geen 'precedential value' voor de staat wiens recht van toepasing is.[55]

Het is niet de bedoeling van deze studie om een exclusieve typering van buitenlands recht te geven op basis van diens autonome of heteronome karakter. Andere indelingen zijn eveneens goed voor te stellen. Zo zou men zich kunnen richten op de aard van het recht door een onderscheid tussen statelijk en non-statelijk recht te maken. Het probleem van dat onderscheid is echter dat buitenlands recht wel degelijk 'statelijk' is, ook al is het afkomstig van een andere staat dan die van de aangezochte rechter. Dit zou 'statelijk recht' beperken tot het statelijke recht van het forum, terwijl dat gezien de aard van het begrip niet gerechtvaardigd zou zijn. Op die manier zou men immers in dezelfde denkfout vervallen als de aanhangers van de 'feit'-benadering, die het begrip 'recht' immers ook restrictief uitleggen als het 'eigen recht'.[56] Een onderscheid dat beter tot zijn recht zou komen, is een onderscheid tussen het recht dat voor de overheidsrechter, gezien zijn functie, zijn opleiding en zijn rol binnen de staatsverhoudingen, 'van binnenuit' komt ('endogeen') en het recht dat 'van buitenaf' komt ('exogeen'). Het eigen, statelijke, recht is in die opvatting endogeen, want binnen het aan het territoir van het forum verbonden staatsgezag ontstaan (de rechter heeft de taak om dat recht te handhaven en desnoods verder te ontwikkelen), terwijl al het andere als exogeen kan worden beschouwd (gewoonterecht, vreemd recht en *Statutarrecht*).

In deze studie zal daarom, bij wege van verlegenheidsoplossing, aansluiting worden gezocht bij de indeling tussen autonoom en heteronoom recht, zoals dat in het voorgaande is gemaakt, of bij het onderscheid 'exogeen' versus 'endogeen'

---

51 Zie o.a. Kegel & Schurig 2004, p. 506 (§ 15 III); Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 110-111, vtnt. 228. Vgl. ook Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 253, vtnt. 1609.

52 Goldschmidt 1952, p. 217-218.

53 Goldschmidt 1952, p. 218.

54 Volgens Goldschmidt 1952, p. 217: 'Das eigene Recht wenden wir an, das fremde Recht ahmen wir nach.' En op p. 217-218: 'Der Richter (…) hat das fremde Recht so nachzuahmen, wie es von der ausländischen Rechtsprechung und Verwaltungspraxis gehandhabt wird, 'tamquam cadaver', wenn auch natürlich unter Vorbehalt der öffentlichen Ordnung.' Zo ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 209, althans voor zover het gaat om de rechter in hoogste instantie.

55 Vgl. 'The Uniform Certification of Questions of Law Act', *Iowa L. Rev.*1969, p. 465-476, i.h.b. p. 467, inzake de techniek van 'prediction' die federale rechters kunnen hanteren als zij lancunes in het recht van deelstaten moeten zien op te vullen. Zie daarover meer in paragraaf 8.2.6.2.

56 Vgl. Zajtay, *Stellung* 1963, p. 8-9, die stelde dat de Franse aanhangers van de feitelijke benadering van vreemd recht het rechts- en wetsbegrip ten onrechte beperkt hadden tot het Franse recht.

recht. Bekeken zal worden wat een dergelijke typering van buitenlands recht betekent voor de beantwoording van de vraag of het wenselijk is om een adagium als *iura novit curia* tot bindend uitgangspunt van het Europese ipr te maken. Verder zal een dergelijke typering een belangrijk gezichtspunt opleveren, van waaruit eventuele toekomstige instrumenten of initiatieven beoordeeld kunnen worden.

7.2 'Novit': vreemd recht als kennisprobleem

441 Het ontbreken van kennis over het recht

In de vorige subparagraaf is de aard van het buitenlandse recht aan de orde gekomen. Gesteld is dat dit recht niet past binnen het 'feit-recht'-onderscheid, maar dat daarvoor, gezien de aard van het recht als statelijk recht van niet-binnenlandse origine, beter kan worden aangesloten bij het onderscheid tussen heteronoom/endogeen en autonoom/exogeen recht. In dat verband is ook gewezen op de twee hoofdproblemen van de toepassing van buitenlands recht, namelijk: a) het gebrek aan rechtskennis, en b) het gebrek aan gezag over dat recht, voor welke problemen bij wijze van verlegenheidsoplossing wel wordt aangesloten bij de wil of de invloed van partijen. In de voorgaande subparagraaf is voornamelijk het gezag van de rechterlijke rechtstoepassing en rechtsvinding aan de orde gekomen. In deze subparagraaf zal voornamelijk het kennisgebrek zelf, het niet-weten, van de inhoud van een ander recht dan het eigen, en dus heteronome, recht worden behandeld.

7.2.1 Vergelijking met het eigen recht en andere proceselementen

442 'Autonoom' versus 'heterenoom' recht

Indien de rechter zich genoodzaakt ziet om zogenaamd autonoom recht, en meer in het bijzonder vreemd recht, toe te passen, zijn er aanmerkelijke verschillen waar te nemen met de situatie waarin hij zijn eigen recht toepast. Aangezien hij zijn eigen recht kent of in ieder geval daarnaar onderzoek kan doen op een relatief eenvoudige manier, heeft hij minder zekerheid wanneer het om vreemd recht gaat. De rechter zal daarnaar weliswaar, net als bij het eigen recht het geval is, onderzoek kunnen doen, maar desondanks is hij daarbij wel aan grenzen gebonden. Zelfs wanneer hij voldoende van het buitenlandse recht weet of te weten is gekomen, zal hij zijn oordeel daarover moeten motiveren om controle mogelijk te maken, in tegenstelling tot het eigen recht, dat, als een rechtsbeslissing, immers geen motivering behoeft.[57]

Het verschil tussen het eigen en het vreemde recht wordt goed duidelijk wanneer sprake is van atypische situaties. Voorbeelden daarvan zijn de toepassing van het recht in een spoedeisende procedure, zoals het kort geding, of wanneer de gedaagde in het geheel niet komt opdagen (verstekprocedure). In die gevallen laat het kennisgebrek zich het duidelijkst gevoelen. Want aangezien een rechter, bij de toepassing van zijn eigen recht althans, geen diepgaand onderzoek hoeft te doen

57 Snijders, Klaassen & Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht* 2017, no. 274 (in het kader van de gronden voor cassatie).

naar het recht en daarom relatief eenvoudig een voorlopige maatregel kan gelasten, is dat bij buitenlands recht niet het geval. In het laatste geval zal de rechter eerst voldoende informatie over het recht moeten verzamelen, om op basis daarvan de afweging te maken of de gevorderde voorlopige maatregel moet worden toegekend of niet. Hetzelfde geldt voor de toetsing in hoogste instantie van de toepassing van vreemd recht door de lagere rechter, wanneer dat althans mogelijk is. 'Toetsing' in deze zin veronderstelt immers de aanwezigheid van kennis over het recht, om te kunnen bezien of dat recht correct is toegepast. Wanneer ook de hoogste rechter dergelijke rechtskennis niet hoeft te hebben, maakt dat de 'toetsing' in deze zin problematisch. De rechter in hoogste instantie kan in dat geval hoogstens proberen de zin en betekenis van het toepasselijke recht te benaderen, en zich daarbij slechts de vraag stellen, of de lagere rechter in redelijkheid tot dat oordeel heeft kunnen komen.[58]

443 Onderzoek vereist

Het onderzoek door de rechter zelf verloopt overigens een stuk moeizamer wanneer het om vreemd recht gaat.[59] Zelfs in het geval dat primaire en secundaire bronnen van recht vrijelijk beschikbaar zijn, mist de rechter nog steeds de benodigde (rechtsvergelijkende) achtergrondinformatie om die bronnen op waarde te kunnen schatten. Bij die achtergrondinformatie kan worden gedacht aan de wettelijke hiërarchie (*lex superior* versus *lex inferior*), systematiek (*lex specialis* versus *lex generalis*) en relevante uitlegmethoden, maar ook aan de rechterlijke organisatie en de rol van jurisprudentie in de gerechtelijke verhoudingen (hogere of lagere instantie, *stare decisis* versus *de facto* precedentenstelsel, algemene of gespecialiseerde rechtsmacht). Daarbij kan hij zich voor verschillende problemen gesteld zien. De primaire bronnen kunnen beschikbaar zijn, maar de secundaire niet. Ook de spiegelbeeldige situatie is denkbaar: op basis van secundair materiaal als literatuur en commentaren kan het bestaan van een bepaalde rechtsregel geïndiceerd zijn, maar er zijn geen 'formele' rechtsbronnen als wetgeving of rechtspraak voorhanden om die stelling te ondersteunen. Vergeleken met de toepassing van het eigen recht of andere proceselementen, waarbij deze problemen ofwel niet aanwezig zijn, ofwel gemakkelijk door de rechter zelf verholpen kunnen worden, neemt het vreemde recht inherent een bijzondere positie in.[60]

444 Andere proceselementen

Met welke andere proceselementen dan vreemd recht en eigen recht kan de rechter nog worden geconfronteerd? In dit verband zijn de feiten al genoemd: de rechter kent de feiten niet, aangezien deze een '*caractère accidentel*'[61] bezitten. In zoverre is

58 Zo ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 209.
59 Aldus Kegel, in: *Festschrift Nipperdey* 1965 p. 456.
60 Aldus Kegel, in: *Festschrift Nipperdey* 1965 p. 456.
61 Battifol, aangehaald bij Zajtay, *Stellung* 1963, p. 21 en 23.

er wellicht enige verwantschap tussen de feiten en het vreemde recht.[62] Maar ook andere proceselementen zijn de rechter niet altijd bekend. Een voorbeeld daarvan is technische of medische expertise, die de rechter nodig heeft om bepaalde feiten of bepaalde oorzakelijke verbanden te kunnen beoordelen. Deze elementen zijn geen feiten in eigenlijke zin, maar zijn wel nodig om het verband te leggen tussen de feiten en de in de rechtsregel gestelde voorwaarden voor het intreden van rechtsgevolg. Het is noodzakelijke kennis om de feiten in het licht van de rechtsregel op waarde te kunnen schatten. Vreemd recht neemt, net als andere vormen van zogeheten 'autonoom recht', feitelijk een plek in tussen het proceselement van de expertise en dat van het eigen recht. Het bijzondere karakter van het proceselement 'vreemd recht' laat zich ook zien in de rechtspraak van het EHRM, wanneer zij het gebruik van juridische deskundigenberichten moet beoordelen in het licht van art. 6 EVRM. Rechtskennis, zo stelt het EHRM, bevindt zich '(…) *within the judge's competence and experience* (…)'.[63] Als zodanig is de rechter beter in staat zelf een oordeel te vormen over het deskundigenbericht, en is daarom minder afhankelijk van de expert. Het gevolg daarvan is dat de vermeende partijdigheid van een deskundige minder snel zal afstralen op het gerecht zelf.[64]

Wat betekent dit voor vreemd recht? Beschouwd op een glijdende schaal tussen feit en recht, kan het proceselement van de expertise in het midden van deze beide uitersten worden geplaatst. Het buitenlandse recht, samen met andere 'autonome' normencomplexen, kan daarbij op een plaats tussen expertise en eigen recht worden gevonden. Dit betekent dat het vreemde recht, vanwege diens juridische karakter, verwantschap toont met de wijze waarop de rechter met zijn eigen recht omgaat. Aan de andere kant betekent dit ook dat het vreemde recht, net als bij andere vormen van expertise, op een bepaalde manier moet worden vastgesteld. Daarbij is het van belang welke assistentie de partijen aan de rechter verlenen, en welke kosten daarmee zijn gemoeid.

7.2.2 Assistentie

445 Wederzijdse afhankelijkheid

Omdat de rechter het eigen onderzoek naar vreemd recht, mocht dat al mogelijk zijn, niet altijd goed kan uitvoeren, zal hij veelal genoodzaakt zijn om de hulp van anderen in te roepen. Deze assistentie kan verschillende vormen aannemen. Zo is het, als meest vergaande optie, mogelijk dat aan partijen de vrijheid wordt gelaten om een problematisch proceselement, zoals de vraag naar het toepasselijke recht, geheel buiten de rechtsstrijd te plaatsen. Dit kan door uit te gaan van een facultatief conflictenrecht, een systeem van *pleading and proof* of door anderszins de procedurele partijdispositie de doorslag te geven, dan wel, binnen de kaders van het

62 Om welke reden Battifol dan ook stelt dat het vreemde recht een '*caractère doublement accidentel*' bezit. Zie Zajtay, *Stellung* 1963, p. 21.

63 EHRM 25 juli 2013, no. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725JUD001108206 (*Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*), r.o. 722.

64 Zie hoofdstuk 5.2.5.3.

bestaande conflictenrecht, een processuele rechtskeuze toe te staan. Maar wanneer partijen door een uitdrukkelijke wilsverklaring of door stilzwijgen desondanks uitgaan van de toepasselijkheid van het recht van een andere staat, zal de rechter op de één of andere manier in zijn kennisbehoefte ('*Informationsbedarf*'[65]) te hulp geschoten moeten worden. Daarbij zal vaak de hulp van anderen dan de rechter benodigd zijn. Dergelijke hulp kan van partijen worden gevraagd, op straffe van niet-toepassing van dat recht (Engeland en Wales) of op straffe van een procesrisico dat anders wordt beslist dan verwacht of dat de rechter een minder vergaande motiveringsplicht heeft (Nederland en Duitsland). Ook kan de staat voorzien in bepaalde hulpmiddelen (rechtshulpverdragen, overheidsinstituten, etc.) waarvan de rechter gebruik kan maken.

446 Manieren

Voor zover hij geen hulp van (een van) de partijen krijgt, zal de rechter de ontbrekende rechtskennis op de één of andere manier moeten zien te verkrijgen. Daarbij zal hij veelal zijn aangewezen op het gebruik van methoden die ook worden gehanteerd voor andere proceselementen die hem onbekend zijn, zoals bepaalde medische of technische expertise. Daartoe kan de rechter gebruik maken van adviezen, deskundigenberichten, en inlichtingen van vreemde autoriteiten. Opgesomd kan de rechter dus op de volgende manieren aan de benodigde informatie komen:

i) eigen onderzoek door de rechter;
ii) assistentie van partijen, voorbeeld door aan hen te vragen wat hun visie op de materie is, van hen te verlangen om adviezen te overleggen of zelfs 'bewijs' van vreemd recht te leveren;
iii) assistentie van buitenlandse autoriteiten, bijvoorbeeld door administratieve dan wel diplomatieke samenwerking of door gerechtelijke samenwerking;
iv) assistentie van deskundige derden, bijvoorbeeld deskundigen, gespecialiseerde instituten of zogenaamde *amici curiae*.[66]

Het is niet van belang of slechts één van deze methoden wordt benut, zoals in Engeland, waar vreemd recht vooral via door partijen aangedragen deskundigen wordt 'bewezen', of dat de rechter een zekere beoordelingsvrijheid heeft ten aanzien van het te kiezen middel. Bij die keuze gaat het slechts om een initiële toedeling van de verantwoordelijkheid. Deze toedeling is afhankelijk van de procedurele context van het rechtsstelsel. Zo is het niet verwonderlijk dat deze verantwoordelijkheid in Engeland bij de procespartijen wordt gelegd, gezien de sterke nadruk op het accusatoire karakter van het burgerlijk proces, terwijl op het continent, waar dit karakter in minder sterke mate aanwezig is, deze bij de rechter wordt gelegd.[67] Kortom: de vraag *wie* onderzoek moet doen naar vreemd recht, moet worden onderscheiden van de vraag *hoe* dat onderzoek moet plaatsvinden.

---

65 Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 170.
66 Zie voor het laatste geval in het bijzonder Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 192-247.
67 Zie Zweigert & Kötz, *Introduction* 1998, p. 273-274.

447 Twee consequenties

Uit de omstandigheid dat de taak van de rechter bij de toepassing van een vreemd rechtsstelsel wordt bemoeilijkt, vloeien twee consequenties voort die bij toepassing van zijn eigen recht niet of in mindere mate aan de orde komen. Ten eerste is de rechter gebonden aan de beschikbaarheid van de informatie over buitenlands recht. Deze kan beperkt zijn door vertaalproblemen (niet beschikbaar in een gangbare taal die de rechter begrijpt of discrepanties bij de vertaling van processtukken), door tijd (omdat het te lang duurt voordat een advies wordt gegeven of bronnen kunnen worden geraadpleegd), kosten (de kosten van een deskundig advies zijn te hoog in vergelijking tot de waarde van de zaak) of het gegeven dat er eenvoudigweg geen materiaal voorhanden is, doordat er geen deskundige te vinden is die bereid of kundig genoeg is, of doordat er geen antwoord komt op een verzoek om informatie dat aan een buitenlandse autoriteit is gericht. In het laatste geval kan worden gesproken van absolute onbeschikbaarheid, terwijl er in de overige gevallen van relatieve onbeschikbaarheid kan worden gesproken.[68]

Een tweede consequentie is dat de informatie die de rechter ter beschikking staat, ook voldoende betrouwbaar moet zijn om te kunnen dienen als een basis voor diens oordeel. Hierbij kan het gaan om het actuele karakter van de verkregen informatie (wellicht zijn er nieuwe ontwikkelingen, zoals nieuwe wetgeving of rechtspraak), de authenticiteit van de informatie (een academische vertaling of een officiële vertaling van wetgeving; een advies van een deskundige of een antwoord van een vreemde autoriteit), de volledigheid of consistentie van de informatie (niet-vermelden bepaalde belangrijke informatie; '*battle of experts*'[69]) en de mate van deskundigheid van degene die de informatie verschaft.

Deze twee problemen – beschikbaarheid en betrouwbaarheid van informatie – zijn niet aanwezig wanneer de rechter zijn eigen recht toepast, of anders slechts in een beperkte mate, en daarvoor bestaat een eenvoudiger oplossing. Wanneer hij in die situatie nog steeds met een lacune wordt geconfronteerd, kan hij desnoods zijn gezag als rechter gebruiken om het recht te vormen, binnen de context van het stelsel van rechtsmiddelen waarmee de rechtsvorming en de rechtseenheid worden gegarandeerd. Dat deze mogelijkheid ontbreekt bij vreemd recht, is eerder reeds uitvoerig besproken. De rechter kan hoogstens die interpretatie kiezen, die hem met het oog op het betrokken rechtsstelsel als geheel het beste lijkt. Een dergelijke handelswijze is slechts een benadering van hetgeen de vreemde rechter onder dezelfde omstandigheden gedaan zou hebben.[70] Wanneer ook dat niet mogelijk is, kan de rechter nog besluiten dat het toepasselijke recht qua inhoud onkenbaar is en kan hij een vervangend rechtsstelsel, vaak de lex fori, toepassen.

---

68 Kreuzer, *NJW* 1983, p. 1943.

69 Vlg., in algemene zin, Principles of Transnational Civil Procedure, aant. P-22D, waarin de zorgen over een 'battle of experts' overigens misplaatst worden geacht.

70 Zo ook Goldschmidt 1952: '(…) ausländisches Recht ahmen wir nach (…)'.

7.2.3 Kosten

448 Rechtstoepassing als kostenpost

De kosten van de toepassing van vreemd recht zullen voor partijen altijd hoger uitvallen dan wanneer het eigen recht van toepassing zou zijn geweest. Daarbij kan worden gedacht aan tijdsverlies, maar ook de kosten in financiële zin, voornamelijk wanneer gebruik is gemaakt van deskundigenberichten, spelen een grote rol. Niet alleen in de situatie waarin partijen deskundigenbewijs overleggen, en dus zelf de kosten daarvan dragen, maar ook in de situatie dat de rechter een deskundige benoemt, zullen de kosten daarvan als deel van de proceskosten voor rekening van de partijen komen.[71] Zelfs als wordt aangesloten bij een adagium als *iura novit curia*, neemt dit niet weg dat een procedure die onder de toepasselijkheid van een ander recht dan de lex fori plaatsvindt, altijd hogere kosten zal meebrengen.[72] Voorts zullen de systeemkosten toenemen. Dit geldt niet alleen in het geval waarin de staat besluit om de informatievoorziening van zijn rechters te verbeteren, maar ook door vertraging in de afdoening van civiele zaken. In zoverre is er steeds sprake van een 'ongelijke' behandeling van vreemd recht in verhouding tot het eigen recht. De werkelijke vraag is in hoeverre een dergelijk verschil in behandeling ook ongerechtvaardigd is.

7.2.4 Vergelijking met 'judicial notice'

449 Twee doctrines

Aangenomen dat het beginsel *iura novit curia* voornamelijk dient om te voorkomen dat partijen bewijs moeten leveren van hetgeen de rechter al bekend is, kan de vergelijking worden gemaakt met het Engelse concept van *judicial notice*. Dit concept gaat ervan uit dat er bepaalde proceselementen zijn waarvan het bestaan niet bewezen hoeft te worden. Integendeel: de rechter wordt geacht van deze zaken kennis te hebben. Daarbij kan het gaan om de notoire feiten, maar ook om proceselementen van juridische aard, zoals een *Act of Parliament*. In zoverre lijken beide doctrines, namelijk *iura novit curia* en *judicial notice*, een uiting te zijn van dezelfde gedachtegang. De uitwerking van beide kan weliswaar een verschillende uitwerking hebben, maar dit neemt niet weg dat de achterliggende ratio gelijk-(aardig) kan zijn.

450 *Judicial notice:* kennisdomein van de rechter

Wanneer beide concepten met elkaar worden vergeleken, valt het op dat het concept *judicial notice* in algemenere zin het kennisdomein van de rechter tot uitgangspunt neemt. Er wordt namelijk geen onderscheid gemaakt tussen het recht en de overige

71 Zo ook Gruber, *RabelsZ* 2013, p. 409.

72 Afkeurend: Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 98, die het veroordelen in de kosten van het deskundigenbericht een 'boete' op internationaal procederen noemt.

proceselementen, zoals de feiten.[73] In plaats daarvan wordt met het *judical notice*-concept een 'neutralere' benadering gekozen. Wanneer wordt uitgegaan van kennis die redelijkerwijze geacht kan worden bij de rechter bekend te zijn, wekt het ook geen verbazing dat het vreemde recht daar niet toe gerekend wordt. Immers, hoe kan van de Engelse rechter verwacht worden dat hij weet hoe die buitenlandse rechtsstelsels luiden? Dergelijke kennis bezit hij niet, en dus is het geen vreemde gevolgtrekking om de vaststelling van de inhoud daarvan dan maar aan de procespartijen over te laten. Dit uitgangspunt heeft ook lange tijd gegolden voor andere rechtsbronnen en -normen dan dan buitenlands recht. Een voorbeeld daarvan is het bestaan van zogenaamde '*public Acts*', welke kwestie oorspronkelijk tot de bewijzen feiten werd gerekend en pas later tot het kennisdomein van de rechterlijke macht is gaan behoren.[74] Dit hangt samen met de eigenschap van het Engelse recht, dat immers gedurende lange tijd is gekenmerkt door een verscheidenheid aan gerechten die elk hun eigen complex van rechtsregels toepasten (*common law*, *law merchant*, *equity*). Dat de rechter dus geacht wordt slechts kennis van zijn 'eigen' (jurisdictiegebonden) recht te hebben, past dus goed in de idee dat zijn kennisdomein mede wordt bepaald door de gerechtelijke structuur waarin hij zich bevindt.

451 *Iura novit curia:* continentaal 'feit-recht'-onderscheid

Het continentale *iura novit curia* is daarentegen gebaseerd op een rechtstheoretisch onderscheid tussen 'recht' en 'feit'. Dit wordt mogelijk verklaard door de sterk academische traditie van het geleerde recht, en zelfs door de retorica.[75] Het recht is bestudeerd, en dus gekend; de feiten zijn daarentegen onbekend en moeten worden bewezen. Toch is ook op het continent dit onderscheid niet zo scherp als gedacht. Ook in continentale procesrechtsstelsels wordt immers rekening gehouden met feiten die vanwege hun notoire karakter verondersteld worden bij de rechter bekend te zijn. Deze *notoria* worden echter geacht deel uit te maken van het bewijsrecht en daarom niet op één lijn gesteld met het recht. Dit is de oorzaak van de paradox dat bij de benadering van vreemd recht als 'feit', omdat de rechter er immers niet bekend mee kon zijn, vreemd recht soms toch als notoir feit werd aangenomen. Indien het toch bekend is, waarom dan niet ambtshalve toepassen als 'recht'?[76] Het omgekeerde is eveneens waar: indien vreemd recht als 'recht' wordt beschouwd, waarom dan gebruik maken van 'pseudobewijstechnieken'?[77] Deze gevolgtrekkingen zijn echter minder paradoxaal wanneer men het 'feit-recht'-onderscheid verlaat en in plaats daarvan uitgaat van de kennis die aan de rechter kan worden toegerekend. Omdat het recht dat aan de universiteiten is bestudeerd, altijd bekend

73 Zo ook F. Stein, *Das Private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leizpig: Hirschfeld 1893, p. 139, vtnt. 1.

74 Zie paragraaf 4.2.2., tenzij de 'Act' uitdrukkelijk aangeeft dat deze niet voor 'judicial notice' in aanmerking komt.

75 Vgl. Nörr, *Zur Stellung des Richters* 1967, p. 18, vtnt. 8, die meent dat het onderscheid is ontleend aan het uit de retorica afkomstige onderscheid tussen *questio facti* en *questio iuris*, als onderdeel van de statusleer. Anders: Kaser 1966, p. 277, vtnt. 6.

76 Zo ook Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 107.

77 Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 107.

kan worden geacht, heeft men een adagium als *iura novit curia* ontwikkeld om dat tot uitdrukking te brengen. Overige proceselementen die 'toevallig' tot het kennisdomein van de rechter behoorden, zoals de notoria, waren de uitzondering. Dat neemt niet weg dat de ratio van het adagium vergelijkbaar is met die van *judicial notice*.

Al met al lijkt *iura novit curia*, vanwege diens sterke nadruk op rechtskennis, een stuk meer rigide van aard te zijn dan het concept '*judicial notice*'.[78] Om meer flexibiliteit aan de dag te kunnen leggen, is het om die reden aangewezen om in het achterhoofd te houden dat de *methode* van het verkrijgen van inlichtingen onafhankelijk is van de aard van het proceselement dat in het geding is. In het geval van feiten gaat het om bewijs, voor zover de feiten niet reeds als vaststaand kunnen worden bezien, in het geval van eigen ('heteronoom') recht gaat het om kennis en eigen onderzoek, en in het geval van vreemd recht om eigen technieken die de rechter kunnen helpen bij zijn beslissing voor zover de inhoudelijke kennis van het toepasselijke recht ontbreekt.

7.2.5 'Novit' als fictie[79]

452 Een 'kennisfictie'

De rechter die buitenlands recht moet toepassen, wordt eigenlijk voor een dilemma gesteld: enerzijds mag hij immers niet weigeren recht te spreken, maar anderzijds heeft hij niet de middelen om aanstonds uitspraak te doen. De rechter moet zich op de een of andere wijze uit deze spagaat zien te bevrijden. Dit is een groot verschil met zuiver interne gevallen. In die gevallen is de acceptatie van een beginsel als *iura novit curia* voornamelijk een gevolg van de omstandigheid dat rechters, meestal door studie, een verbeterde kennis van het recht hebben gekregen en op deze manier onnodig formalisme kan worden voorkomen.[80] In internationale gevallen is dit juist omgekeerd: van het recht van andere staten heeft de rechter in principe geen kennis, maar dit vormt in sommige rechtsstelsels geen beletsel om de verantwoordelijkheid van die kennis wel aan de rechter toe te rekenen. In het laatste geval heeft *iura novit curia* daarom een meer 'gebiedende' wijs[81] en houdt het een opdracht voor de

78 Anders Hay, in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 408. Volgens hem heeft juist het concept van *judicial notice* een beperktere inhoud in vergelijking met *iura novit curia*, omdat het eerste slechts ziet op de *inhoud* van het (vreemde) recht, terwijl de tweede ziet ook zou zien op de *toepasselijkheid* van het vreemde recht. Deze stelling lijkt echter niet houdbaar. Ook in een stelsel waar *iura novit curia* geldt, moeten sommige rechtsgronden specifiek worden ingeroepen (vgl. de in hoofdstuk 2 behandelde 'rechtsmiddelen'). Dit ziet eerder op de omvang van de rechtsstrijd dan op de ambtshalve toepassing van recht. Dat zulks in de VS en in Engeland niet gebeurt, betekent slechts dat de conflictregels daar een facultatief karakter hebben. Verder kent de vraag *welk* recht van toepassing is ook een sterk feitelijke component.

79 Aldus ook Vriesendorp 1970, no. 86/p. 126-128; De Boer, in: *Hoe vreemd is buitenlands recht?*, 1979, p. 19; J. Brauksiepe, *Anwendung ausländischen Rechts* 1965, p. 34; W. Kralik, 'Iura novit curia und das ausländische Recht', *ZfVR* 1962, p. 75-100, op p. 84.

80 Zie ook paragraaf 6.2.5.

81 Of 'aanvoegende' wijs, zie Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 93.

rechter in om zelf onderzoek te doen. De mogelijkheden daarvoor zijn echter beperkt, zodat het fictieve karakter van het (vermeende) 'weten' van de rechter ('Kennisfikion' of 'Fiktion des Kennens'[82]) in omvang toeneemt. In de spanningsverhouding tussen enerzijds de weigering om recht te spreken en anderzijds de plicht om een beslissing te geven zal de rechter een zeker compromis moeten vinden, waarbij hij ofwel de hulp van de partijen inroept – zij het voor de vraag of deze de toepasselijkheid van vreemd recht wensen of met het verzoek om te assisteren bij de zoektocht naar de inhoud ervan – ofwel besluit dat de werkelijke betekenis van dat recht niet vast is te stellen. Bij gebrek aan verbeterde informatievoorzieningen zal de vermeende kennis van het recht van andere staten altijd een fictie blijven.[83]

7.3 'Curia': de positie van de rechter en de invloed van het procesrecht

453 Bijzondere aard van procedures

In de voorgaande subparagrafen is het probleem van buitenlands recht besproken en geduid als het ontbreken van gezaghebbende rechtskennis van de rechter. In deze paragraaf zullen andere aspecten van de problematiek aan de orde komen. Het gaat daarbij voornamelijk om de rol die de rechtstoepasser zelf speelt: maakt het uit of deze een rechter is of juist een andere functionaris? In het bijzonder kan daarbij worden gedacht aan de niet-gerechtelijke autoriteit, die immers ook een 'ambt' te vervullen heeft en mogelijk tot 'ambtshalve' toepassing verplicht is, en aan de arbiter, die, hoewel hij geen openbaar ambt bekleedt, wel een met de rechter vergelijkbare functie heeft bij de beslechting van geschillen. In dit verband zal blijken dat de procedurele context van de rechtstoepassing van groot belang is. Zo kan het procesrecht inherente beperkingen aan de rechtstoepassing aanbrengen, kunnen via het procesrecht fundamentele rechten zoals art. 6 EVRM een rol spelen en kan de wil van de partijen, via de procesrechtelijke partijautonomie, van belang zijn.

7.3.1 Rechter en niet-gerechtelijke autoriteit

454 Processueel conflictenrecht als bijzondere categorie?

Het is de heersende leer dat de plicht om het conflictenrecht en het daardoor aangewezen recht ambtshalve toe te passen niet alleen geldt voor rechters, maar ook voor buitengerechtelijke autoriteiten, zoals de notaris of de ambtenaar van de burgerlijke stand.[84] Zij vervullen immers eveneens een ambt en daarom, zo luidt de heersende leer, zouden zij in gelijke mate tot de ambtshalve toepassing van

82 Resp. Brauksiepe, *Anwendung ausländischen Rechts* 1965, p. 34, en, eerder al, Kralik, *ZfVR* 1962, p. 75-100, op p. 84.

83 Zie paragraaf 8.2. voor deze verbeterde informatievoorzieningen.

84 Staatscommissie IPR, *Rapport Algemene Bepalingen*, art. 2, no. 30, *in fine*; Vonken, in: *T&C BW*, art. 10:2, aant. 1.

vreemd recht verplicht zijn.[85] Het conflictenrecht heeft volgens deze opvatting dus geen zuiver processuele functie; buiten het procesrecht speelt ipr eveneens een rol en zouden de door het ipr beoogde rechtsvaardigheidsdoelstellingen eveneens moeten worden gewaarborgd. Sommigen gaan zelfs zo ver door te stellen dat het conflictenrecht juist van belang is buiten de procedurele context, omdat het ipr, net als het gewone privaatrecht, vooral in het dagelijks leven wordt toegepast.[86] Ambtshalve toepassing van het ipr en het daardoor aangewezen recht wordt als een effectieve waarborg voor deze doelstellingen gezien.

Deze redenering lijkt op het eerste gezicht overtuigend. Als de rechter op grond van zijn ambt vreemd recht toepasselijk moet verklaren, dat recht vervolgens moet onderzoeken en uiteindelijk moet toepassen, waarom zou dan voor andere ambtsdragers die, gezien hun werkzaamheden, eveneens met het ipr in aanraking komen, geen vergelijkbare plicht gelden? Maar hoe overtuigend deze redenering op het eerste gezicht ook moge lijken, de gelijkstelling tussen rechter en niet-gerechtelijke autoriteit is niet zonder meer verdedigbaar. Om te beginnen bestaat er een belangrijk verschil tussen beide categorieën wanneer naar de aard van de werkzaamheden wordt gekeken. Daarnaast kent het rechterlijk werk een duidelijke procedurele context, die op de rechtstoepassing in het individuele geval een remmende werking kan hebben. Dit is bij de werkzaamheden van de niet-gerechtelijke autoriteit veelal niet het geval.

455 'Ambt' versus 'werkzaamheden'

Het is niet duidelijk wat de aard van de werkzaamheden betekent voor niet-gerechtelijke autoriteiten. Deze categorie van rechtstoepassers is uit de aard der zaak immers vrij divers. Zo kan worden gedacht aan de notaris of de ambtenaar van de burgerlijke stand, die beiden een andere functie vervullen. Terwijl de eerste voornamelijk tot taak heeft om authentieke akten op te stellen, verricht de laatste handelingen met betrekking tot de burgerlijke stand.[87] Het werk van de notaris vertoont soms meer gelijkenis met die van andere juridische dienstverleners, zoals advocaten of bedrijfsjuristen die een door vreemd recht beheerst contract moeten opstellen. De werkzaamheden van de abs lijken daarentegen meer op de taak van rechters in verzoekschriftprocedures, vooral als het om de vrijwillige rechtspraak gaat. De abs moet immers beslissen over een bepaald ingediend verzoek, zoals het inschrijven in de registers van een buitenlandse naam, waarbij dit verzoek wel of niet wordt toegekend. Op beide categorieën – notaris en abs – zal daarom nader worden ingegaan.

De taak van de notaris bestaat, zoals gezegd, uit het verlijden van authentieke akten en overige bij de wet aangewezen taken.[88] De toepassing van vreemd recht zal een grote rol spelen bij het verlijden van authentieke akten als testamenten, huwelijkse voorwaarden, transportakten, etc. Wanneer bijvoorbeeld de vererving

85 Zie ook de MvT bij art. 10:2 BW, *Kamerstukken II* 2009-10, 32 137, nr. 3, p.8.
86 Zie Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 76.
87 Zie bijvoorbeeld art. 1:16a lid 1 BW.
88 Art. 2 lid 1 Wet op het Notarisambt; § 1 Bundesnotarordnung.

door het recht van een andere staat wordt beheerst, zal de notaris bij het opstellen van een testament de vereisten van het erfrecht van de betreffende staat in acht moeten nemen. Wanneer dat niet gebeurt, zou het testament materieel immers ongeldig kunnen zijn. Het inachtnemen van deze regels door de notaris heeft niet zozeer te maken met een wettelijke verplichting om dat recht toe te passen, maar eerder met de professionele zorgplicht van de notaris om een geldige akte te verlijden. De vraag naar de inhoud van het toepasselijke recht komt dan op als een voorvraag bij het verrichten van een ambtshandeling. Het maakt daarbij niet uit hoe de notaris aan zijn rechtskennis komt; ook hoeft hij de door hem opgedane rechtskennis niet te motiveren. De vergelijking dringt zich daaorm op met een advocaat of een bedrijfsjurist die een door vreemd recht beheerste overeenkomst opstelt. Ook in dat geval brengt de professionele standaard (advocaat) of de arbeidsovereenkomst (bedrijfsjurist) mee dat een geldig contract moet worden opgesteld. Toch spreekt men in dat geval niet van *ambtshalve* toepassing van vreemd recht; waarom dan wel bij de notaris?[89]

De ambtenaar van de burgerlijke stand of een daarmee vergelijkbare functionaris als de *Standesbeamte* draagt de verantwoordelijkheid voor de burgerlijke stand of *Personenstand*, meer in het bijzonder voor het opnemen van akten en voor later toe te voegen vermeldingen.[90] Voor zover daarbij vreemd recht komt kijken, gaat het, net als in het geval van de notaris, om een voorvraag bij een te verrichten handeling. Als voorbeeld kan de situatie dienen waarin de registratie van een geslachtsnaam volgens het toepasselijke recht moet geschieden. De kennis van dat recht is slechts nodig voor zover daarmee de registratie succesvol kan verlopen. In zoverre bestaat er een gelijkenis met de werkzaamheid van andere niet-gerechtelijke autoriteiten, zoals de notaris. Een verschil is echter dat de abs, in tegenstelling tot de notaris, wel een beslissing neemt en bij weigering van de inschrijving van de akte deze ook met redenen moet zijn omkleed.[91] Dit gegeven versterkt de gelijkenis met de omgang met buitenlands recht door rechters. Een verschil met de rechter is echter dat een abs, wanneer zijn weigering om een akte in te schrijven wordt aangevochten, voor de rechtbank als belanghebbende optreedt.[92] In die hoedanigheid komt het geval alsnog voor de rechter en is de beslissing van de abs 'slechts' te beschouwen als een standpunt van een van de belanghebbenden, wat de rechter niet ontslaat van

89 Vgl. ook overweging 20 tot en met 22 uit de preambule van de Erfrechtverordening, waaruit blijkt dat een notaris wel als 'gerecht' in de zin van die Verordening kan worden aangemerkt, maar alleen indien deze ook daadwerkelijk gerechtelijke taken uitvoert, hetzij omdat zij wettelijk die rol vervullen, hetzij omdat zij daartoe door het gerecht zijn gevolmachtigd. Dit betekent – a contrario – dat notarissen blijkens deze verordening normaliter niet gelijk worden gesteld met gerechtelijke autoriteiten, hetgeen wordt bevestigd door de laatste volzin van overweging 20.

90 Art. 1:16a BW jo. 1:17 BW resp. § 1 jo. § 2 Personenstandsgesetz.

91 Art. 1:18c lid 3 jo. 1:20c jo. 1:27-1:27b BW.

92 Art. 1:27 BW. De abs heeft daarbij een eigen procesbevoegdheid (art. 1:16b BW) en kan verzoekschriften indienen (art. 282 lid 4 Rv). Zie Koens, in: *Tekst & Commentaar BW* 2019, Boek 1, art. 1:27, aant. 1. Voor Duitsland blijkt dit uit § 50 Personenstandgesetz, dat bepaalt dat bij een afwijzende belissing er een gerechtelijke procedure kan worden begonnen, en § 51 Personenstandgesetz, volgens welke de Standesamt zich kan voegen in elke stand van de procedure, eventueel door indiening van een 'Rechtsmittel', en deze geen gerechtelijke kosten hoeven te dragen.

zijn plicht om zelf het buitenlandse recht te onderzoeken. De ambtshalve toepassing ervan, en het daarbij te vormen rechtsoordeel, vindt pas plaats in de gerechtelijke fase nadien.

456 Vergelijking abs en notaris

In beide gevallen – van de notaris en van de abs – is er dus een gelijkenis te ontdekken. Deze gelijkenis is dat de betreffende functionaris het buitenlandse recht niet zozeer *toepast*, maar in plaats daarvan met dat recht *rekening houdt* bij de uitoefening van zijn taken. De toepassing van het vreemde recht dient voornamelijk ter oplossing van een handelingsprobleem, zoals het opmaken van een geldig testament of de inschrijving van een buitenlandse naam. Er is geen 'rechtsbeslissing' zoals bij de rechter. Men kan echter aanvoeren dat de rechter in zekere zin ook een 'handelingsprobleem' heeft op te lossen, omdat hij moet beslissen over het al dan niet toe- of afwijzen van de vordering, het verzoek of het verweer. Toch is het grote verschil dat een rechter in zijn vonnis duidelijk verklaart wat het recht is en dat recht vervolgens toepast op de vaststaande feiten. Hij moet, wanneer het althans gaat om buitenlands recht, daarbij aan een motiveringsplicht voldoen, ongeacht of hij de vordering, het verzoek of het verweer afwijst of toekent. Dit is het grote verschil met de notaris, die voor zijn cliënt niet hoeft te motiveren of het recht van een vreemde staat de inhoud heeft die hij meent dat het heeft. De abs heeft weliswaar een motiveringsplicht, maar slechts wanneer hij de inschrijving van een akte weigert. Een tweede punt van overeenkomst tussen abs en notaris is dat in beide gevallen de toepassing van vreemd recht voornamelijk plaatsvindt met het oog op een toekomstige procedure. De notaris of de abs anticipeert op een mogelijk oordeel van de rechter wanneer hij dat recht in beschouwing neemt. Bij een onjuiste toepassing van dat recht kan de handeling immers ongeldig worden, dan wel de weigering om de akte in te schrijven ongedaan gemaakt worden.

Tot slot kan nog de vergelijking met overige ambtsdragers worden gemaakt die bij hun werkzaamheden met de toepasselijkheid van een buitenlands recht in aanraking kunnen komen. Een voorbeeld in dit verband betreft de belastinginspecteur, die overigens een aparte categorie betreft. Wanneer deze functionaris immers met verwijzingsregels of het daardoor aangewezen recht wordt geconfronteerd, is dat meestal van een meer feitelijke aard, zoals de vraag of een woning wel of niet in de huwelijksvermogensgemeenschap wanneer hij de omvang van het vermogen moet beoordelen. Het ipr is in dat geval de privaatrechtelijke voorvraag voor de uiteindelijke fiscale vraag. Of daarbij ambtshalve het ipr dan wel vreemd recht wordt toegepast, is niet van groot belang; het ligt immers op de weg van de belastinginspecteur om de door hem of haar genomen beslissing te onderbouwen.

457 Afweging

De conclusie is dat het uitgangspunt op grond waarvan de plicht tot ambtshalve toepassing van de rechterlijke macht ook op andere ambtsdragers moet worden overgedragen, op een onjuiste veronderstelling is gebaseerd en verder ook geen beduidend relevante, praktische consequenties heeft. De redenering is gebaseerd op

een analogie tussen beide categorieën van ambtelijke rechtstoepassers, die te weinig recht doet op de verschillen qua werkzaamheden en gevolgen die tussen beide categorieën kunnen worden aangewezen. Men heeft hierbij uit het oog verloren dat 'ambtshalve' in het geval van een gerechtelijke procedure voornamelijk een processuele functie heeft, omdat het de taken en verantwoordelijkheden tussen rechter en partijen afbakent. Deze afbakening is minder relevant wanneer het om niet-gerechtelijke autoriteiten gaat. Zelfs wanneer de abs ambtshalve kan handelen, lijkt dit eerder een bevoegdheid dan een plicht in te houden, veelal met het oog op het algemene belang de registers zo goed mogelijk te laten corresponderen met de werkelijkheid.[93] Daar komt bij dat niet-gerechtelijke autoriteiten, zoals gezegd, het ipr en het vreemde recht voornamelijk toepassen met het oog op een mogelijk toekomstige procedure. Voor de notaris geldt dat de door hem opgestelde authentieke akten mogelijk ongeldig kunnen worden bevonden. Voor de abs geldt dat zijn beslissing in beroep bij de rechter kan worden vernietigd. Verder kan het handelen of niet-handelen van de notaris in dit verband worden getoetst aan de vereisten van het tuchtrecht en de beroepsaansprakelijkheid, op dezelfde manier als dit voor advocaten geldt. De toepassing van vreemd recht is dan voornamelijk een aangelegenheid die *ex professo* plaatsvindt.

Een van de consequenties van het feit dat de vraag naar het toepasselijke recht voor een niet-gerechtelijke autoriteit zich voornamelijk voordoet als een voorvraag, betekent dat deze vaak ongecompliceerd en dus in de omvang beperkt zal zijn. Om die reden kan het probleem van buitenlands recht ook op een andere manier efficiënt worden opgelost, bijvoorbeeld door aansluiting te zoeken bij verklaringen die van overheidswege worden afgegeven. Een bekend voorbeeld betreft de Overeenkomst van München van 5 september 1980,[94] op grond waarvan een burger die in het buitenland een huwelijk wil laten voltrekken een verklaring kan verkrijgen van de staat waarvan hij onderdaan is, die inhoudt dat hij volgens het recht van die staat aan de vereisten voldoet.[95] Ook de verklaring van erfrecht, zoals deze onder meer is opgenomen in de Erfrechtverordening,[96] kan hierbij een belangrijke rol spelen. Door een systeem te ontwikkelen waarbij staten dergelijke verklaringen afgeven, kunnen niet-gerechtelijke autoriteiten hun werkzaamheden vervullen zonder zelf een uitgebreid onderzoek in te hoeven stellen naar de inhoud van het vreemde recht,[97] terwijl het bestaan van het subjectieve recht op een gezaghebbende manier is aangetoond.

---

93 Vgl. bijv. art. 1:24a BW. Hetzelfde geldt voor rechters in zaken van voluntaire jurisdictie, zie art. 1:26a en 1:26b BW.

94 Overeenkomst betreffende de afgifte van een verklaring van huwelijksbevoegdheid, München, 5 september 1980, *Trb.* 1981, 71.

95 In Nederland geïmplementeerd in art. 1:49a BW.

96 Art. 62 e.v. Erfrechtverordening.

97 Er bestaat een zekere overeenkomst tussen deze manier om verklaringen af te geven en de in paragraaf 9.2.4. te bespreken methode om via een verklaring voor recht zekerheid over de inhoud van buitenlands recht te krijgen.

7.3.2 Rechter en arbiter

458 Eigen aard arbitrage

Welke rechtstoepassers kunnen nog meer worden onderscheiden van rechters en niet-gerechtelijke autoriteiten? Met andere woorden, welke andere functionaris dan de rechter houdt zich eveneens bezig met de toepassing van een recht dat hem uit de aard der zaak niet bekend hoeft te zijn? Zoals in de vorige paragraaf is beschreven, kan het zwaartepunt bij de aard van de werkzaamheden worden gelegd in plaats van bij de hoedanigheid van de rechtstoepasser. Indien uitsluitend naar de werkzaamheden wordt gekeken, vertoont de toepassing van vreemd recht door de overheidsrechter, wanneer althans sprake is van geschillenbeslechting, een grote mate van gelijkenis met de wijze waarop in scheidsrechterlijke procedures met het toepasselijke recht wordt omgegaan. Ook in het laatste geval is er immers de noodzaak om de inhoud van het recht vast te stellen, alvorens het kan worden toegepast, aangezien scheidsrechters niet per se bekend hoeven te zijn met het recht dat het materiële geschil beheerst. Dit probleem is vergelijkbaar met de vaststelling van de inhoud van vreemd recht door overheidsrechters. Nochtans kunnen ook enkele fundamentele verschillen tussen beide categorieën worden waargenomen. Het contrast tussen arbitrage en overheidsrechtspraak verdient daarom een nadere bespreking.

459 Overeenkomsten

Om met de overeenkomsten te beginnen, kan een viertal gelijkenissen tussen overheidsrechters en arbiters worden geconstateerd. Ten eerste gaat het in beide categorieën, voor zover althans sprake is van *contentieuze* overheidsrechtspraak,[98] om de beslechting van geschillen. Dit heeft een aantal consequenties. Zo zullen partijen een sterke invloed kunnen uitoefenen op de loop van het proces. Met andere woorden, de partijautonomie zal in dergelijke procedures – hetzij in het kader van contentieuze overheidsrechtspraak, hetzij in arbitrale gedingen – aan invloed toenemen. De rechter of scheidsrechter zal sterker gebonden zijn aan de vordering of het verweer (*ne ultra petita*) en aan de door partijen getrokken grenzen van de rechtsstrijd. Het 'publieke' element is minder sterk aanwezig, waardoor de (scheids-) rechter minder vrijheid heeft om ambtshalve op te treden. Slechts onder bepaalde omstandigheden zal de rechter onderzoek moeten doen naar regels die wijzen op een rechtsgevolg dat aan de beschikking door partijen is onthouden. In voluntaire zaken zal daarvan vaker sprake zijn, vanwege het *erga omnes*-effect van zulke procedures.

De tweede gelijkenis tussen arbitrale en overheidsrechtspraak is dat de rechter in beide gevallen gebonden is aan bepaalde procedurele beginselen. Zo hebben zowel rechter als scheidsrechter zich te houden aan de vereisten van een eerlijke behan-

98 In het geval van non-contentieuze rechtspraak gelden namelijk andere maatstaven, omdat het veelal om aangelegenheden gaat die de (interne) openbare orde of anderszins dwingend recht betreffen en deze zaken dus aan de procedurele dispositievrijheid van partijen onttrokken kunnen zijn. Om die reden wordt deze materie in paragraaf 7.3.3. behandeld.

deling van de zaak (*due process*) en het daarbij behorende recht op hoor en wederhoor. De rechter of arbiter zal de procespartijen niet mogen verrassen met een (scheids)rechterlijke handeling die zij, gezien het processuele debat, redelijkerwijs niet konden verwachten. Ook speelt de partijautonomie in zowel het burgerlijk procesrecht als het arbitragerecht een belangrijke rol.

Zowel de overheidsrechter als de scheidsrechter zijn, ten derde, gebonden aan de rechtskeuze die door partijen is uitgebracht. De consequenties zullen weliswaar verschillend zijn. Zo zal het volledig negeren van een rechtskeuze in een arbitrale procedure kunnen leiden tot de vernietigbaarheid van het vonnis, terwijl dit in een procedure voor de overheidsrechter aanleiding kan zijn om een hogere voorziening te vragen.

Tot slot moeten, ondanks het contentieuze karakter van beide procedures, zowel de rechter als de arbiter rekening houden met regels van openbare orde of met voorrangsregels. Wanneer daarmee geen rekening wordt gehouden, kan dit in het geval van contentieuze overheidsrechtspraak leiden tot een vernietiging van het vonnis in appel of in hoogste instantie. In een voorkomend geval, zoals wanneer de openbare orde (in processuele zin) aan de orde is, kan dit zelfs buiten de partijen om gebeuren. Wanneer het zelfs gaat om de internationale openbare orde, speelt mee dat het oordeel van de rechter in het buitenland mogelijk niet wordt erkend. In arbitrale zaken is de mogelijkheid aanwezig dat het arbitrale vonnis ofwel wordt vernietigd, ofwel in het buitenland niet wordt erkend, wanneer geen rekening met de openbare orde wordt gehouden.

460 Verschillen

Maar naast de overeenkomsten zijn er ook verschillen tussen rechters en arbiters aan te wijzen, die van invloed zijn op de vraag naar de rechtstoepassing. Ten eerste is er het wezenlijke verschil dat scheidsgerechten, in tegenstelling tot overheidsrechters, geen lex fori hebben en dus ook geen 'buitenlands' recht in eigenlijke zin toepassen. Waar overheidsrechters op hun eigen recht kunnen terugvallen, is deze mogelijkheid voor scheidsgerechten niet weggelegd. Scheidsgerechten kennen slechts het 'toepasselijke recht', ongeacht of dit van de staat van de plaats van arbitrage is of van een andere staat. Het ontbreken van de lex fori in arbitrale geschillen is *communis opinio*.[99]

Een tweede verschil tussen arbiters en overheidsrechters is dat partijen directe invloed kunnen uitoefenen op de samenstelling van het scheidsgerecht. Dit is anders

99 Zie Schlosser, *Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit* 1989, no. 726 en 747; ILA-rapport, p. 206; Giovannini, in: *Liber Amicorum Bernardo Cremades* 2010, p. 496-497 ('no foreign law'); Waincymer, *J.Int.Arb.* 2011, p. 220 ['no fallback', p. 222]; Lew, in: *Liber Amicorum Serge Lazareff* 2011, p. 399 ('no personal "national" law'), p. 404 en p. 410 ('fallback'); Abdel Wahab, in: *Festschrift Ahmed Sadel El-Kosheri* 2015, p. 7. Anders: Schütze, *Schiedsgericht und Schiedsverfahren* 2012, p. 887: 'Inländisches Recht muss das Schiedsgericht kennen, ausländisches recht nicht'. Ook zou de '(…) nach früherem Recht notwendige Suche nach der lex fori (…)' volgens hem inmiddels overbodig zijn geworden. Schütze meent dat een scheidsgerecht een 'vreemd recht' kent, namelijk het buiten de staat van de plaats van arbitrage geldende recht.

bij overheidsrechters, die immers van overheidswege aan een zaak worden toegewezen. Mogelijk kunnen arbitrage-instituten een rol spelen bij de benoeming van arbiters, maar dit neemt niet weg deze bevoegdheid primair bij de partijen is gelegd. Voor vreemd recht betekent dit dat de partijen, althans in theorie, een arbiter kunnen kiezen die deskundig is op het gebied van het toepasselijke recht. Het is de vraag of een dergelijke overweging een rol zal spelen bij de selectie van arbiters, maar het is in beginsel een mogelijkheid.

Voorts is er slechts beperkte rechterlijke controle op arbitrale vonnissen mogelijk,[100] terwijl een vonnis van de rechter in beginsel volledig in hoger beroep kan worden getoetst, op enkele procedurele beperkingen na.[101] Het arbitraal vonnis kan immers slechts worden getoetst op de vraag of sprake is van een schending van de opdracht, van het niet in acht nemen van de vereisten van een eerlijk proces ('*due process*') of van strijd met de openbare orde, naast zaken als het niet-ondertekenen van het arbitrale vonnis, het ontbreken van een geldige arbitrage-overeenkomst of de onregelmatige samenstelling van het scheidsgerecht.[102] Wel kan het voorkomen dat in procedures voor de overheidsrechter de toetsing in hoogste instantie beperkt is, omdat er geen rechtsklacht over vreemd recht kan worden aangevoerd. In zoverre lijkt deze marginale toetsing in hoogste instantie wel enigszins op de rechterlijke controle op een arbitraal vonnis, omdat er in beide gevallen geen toetsing op de inhoud van het (vreemde) recht plaatsvindt.

Ten vierde zijn overheidsrechters, als staatsorganen, bekleed met het gezag van de staat. Zij dragen de verantwoordelijkheid voor de behartiging van publieke belangen, zoals de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling.[103] Arbiters dragen deze verantwoordelijkheid daarentegen niet. Het is 'slechts' hun taak om het geschil op een bevredigende manier te beslechten en in het kader daarvan rekening te houden met een aantal fundamentele beginselen. Zij zijn daarentegen weer verantwoordelijk voor het tot stand brengen van een onaantastbaar arbitraal vonnis, dat zo nodig in het buitenland erkend kan worden.

Daarmee hangt, ten vijfde, samen dat arbiters geen zelfstandig gebruik kunnen maken van de infrastructuren die de staat ter beschikking staan en waarmee informatie over vreemd recht kan worden verkregen.[104] Er zijn geen regels over hoe de inhoud van het toepasselijke recht kan worden opgespoord. Het gebruik van

---

100 Wel kan arbitraal hoger beroep worden overeengekomen. Zie bijvoorbeeld art. 1061a-1061l Rv.

101 Zoals het Nederlandse grievenstelsel of de Duitse *Präklusion*.

102 Voor vernietiging, zie resp. art. 1065 Rv, § 1059 ZPO, en s. 67 en 68 Arbitration Act 1996. Voor de weigering van de erkenning en tenuitvoerlegging van een vreemd arbitraal vonnis, zie resp. art. V van het Verdrag van New York, art. 1076 Rv, § 1060 jo. § 1059 Abs. 2 ZPO en s. 99-103 Arbitration Act 1996.

103 ILA Report, p. 206; Abdel Wahal 2015, p. 7; Waincymer 2011, p. 220-221.

104 Vgl. Lew, in: *Liber Amicorum Lazareff* 2011, p. 405: '[i]nternational arbitration tribunals do not have the formal or support infrastructure that a national court has by way of the substantive or private international law rules relating to jurisdiction, its own procedural code or rules, or its own rules for determining the content of a foreign applicable law.' Dit ziet overigens eerder op de aanwezigheid van duidelijke regels over de toepassing van het aangewezen recht, maar gaat in algemene zin ook op voor de '*Ermittlungsweisen*' die een overheidsrechter ter beschikking staan.

bijvoorbeeld de weg van de Europese Overeenkomst van 1968 is het Nederlandse stelsel slechts mogelijk met tussenkomst van de overheidsrechter.[105]

461 Afweging: iura novit arbiter?

Wat betekent een en ander voor het adagium *iura novit curia*, of *iura novit arbiter*? Over het algemeen is de arbitrale procedure zodanig gestructureerd, althans in nationale en internationale wetgeving, dat het beroep op *iura novit curia* eerder ontmoedigd dan aangemoedigd wordt. De arbiter die zich passief opstelt, het proces van het onderzoek naar de inhoud van het toepasselijke recht aan partijen overlaat en stelselmatig om hun visie op de materie vraagt, blijft grotendeels binnen de voorgeschreven kaders op grond waarvan ofwel vernietiging, ofwel weigering van de erkenning van arbitrale vonnissen kan plaatsvinden. Een mogelijke uitzondering vormt de toepassing van dwingend recht, dat als recht van openbare orde een rol kan spelen bij het terzijde schuiven – zij het door vernietiging of door de weigering van de erkenning – van een arbitraal vonnis. Een andere constatering is dat de arbiter de wensen van partijen bij de te kiezen beslissingsmaatstaf – regelen des rechts of als goede mannen naar billijkheid – en het te kiezen materiële recht moet respecteren. Aangezien slechts onder uitzonderlijke omstandigheden sprake zal zijn van een schending van een opdracht, namelijk bij gehele niet-toepassing, speelt deze grond geen daadwerkelijke rol van betekenis bij *iura novit curia*. Er zijn dus in totaal vier 'ondergrenzen' waar te nemen: de vereisten van *due process* en scheidsrechterlijk gehoor, de wens van partijen bij de keuze van de beslissingsmaatstaf, de wens van partijen bij de omvang van de opdracht (*ne ultra petita*) en het recht van (internationale) openbare orde zullen gerespecteerd moeten worden. Wanneer dit het geval is, zal een arbitraal vonnis niet gemakkelijk vernietigd of de erkenning daarvan geweigerd kunnen worden. Er is, op de situatie in Engeland en Wales na,[106] geen grond om een arbitraal vonnis aan te tasten op de loutere overweging dat het scheidsgerecht het recht op een onjuiste wijze heeft toegepast.

De rechtstoepassing is in commerciële abritrage dus aan minder vergaande controle onderhevig. Daarvoor kunnen twee redenen worden aangevoerd. Ten eerste kan men alleen geschillen aan arbitrage onderwerpen die ter vrije bepaling van partijen staan (arbitraliteit). Wanneer immers partijen over hun rechten kunnen beschikken, betekent dit dat zij in een procedure voor de overheidsrechter de rechtsstrijd zodanig hadden kunnen beperken dat de betreffende rechtsvragen niet aan bod waren gekomen, ook al betroffen zij dwingend recht. Op dezelfde voet hadden zij een vaststellingsovereenkomst kunnen sluiten, waarmee de betreffende kwesties aan het oordeel van de rechter wordt onttrokken.[107] Ten tweede wordt een rechtvaardiging gevonden in de omstandigheid dat het sluiten van een arbitrageovereenkomst een uiting van de partijautonomie is. Aan partijen wordt de

105 Art. 1044 Rv jo. art. 67 en 68 Rv.

106 En ook dan alleen maar voor zover het Engelse recht op het materiële geschil van toepassing is.

107 Ook een vaststellingsovereenkomst mag immers in strijd zijn met dwingend recht, tenzij de openbare orde of de goede zeden in het geding zijn. Zie art. 7:902 BW. Dit geldt niet wanneer sprake is van een bindend advies in het kader van de zogenaamde Consumenten ADR-richtlijn

vrijheid gelaten, omdat zij geacht worden hun belangen naar beste inzicht te kunnen behartigen. De nadelen die met een dergelijke keuze samenhangen, worden geacht in die keuze te zijn ingecalculeerd. Wanneer een scheidsgerecht het toepasselijke recht niet juist toepast, is dat een risico dat partijen voor lief hebben genomen. Slechts wanneer een arbitraal tribunaal een rechtskeuze van partijen volledig negeren, schendt hij daarmee het beginsel van de partijautonomie en kan eventueel een vernietiging volgen.

462 Arbitrage als voorbeeld voor procedures voor de overheidsrechter?

Uit het voorbeeld van arbitrage kunnen consequenties getrokken worden voor de overheidsrechtspraak. Want indien er grote overeenkomsten tussen de handelsarbitrage en de contentieuze overheidsrechtspraak bestaan, is het dan ook niet logisch dat ook de toepassing van het recht dat het materiële geschil beheerst in beide gevallen op een vergelijkbare wijze geschiedt? Met andere woorden, wanneer *iura novit curia* bijna geen rol speelt in arbitrage, en de rechtvaardiging daarvoor wordt gevonden in de omstandigheid dat het aangelegenheden betreft die ter vrije beschikking van partijen staan, zou dan ook in internationale geschillen voor de overheidsrechter, die van vergelijkbare aard zijn, wél strak de hand aan dat adagium moeten worden gehouden? Vooral wanneer het commerciële partijen betreft, lijkt een al te strikte hantering van het gebod van ambtshalve toepassing van buitenlands recht niet goed te rechtvaardigen, wanneer zij net zo goed de weg van arbitrage hadden kunnen volgen. Weliswaar vervult overheidsrechtspraak in het algemeen een meer publieke functie dan de zuiver 'particuliere' handelsarbitrage, maar deze publieke functie en het daarmee verbonden openbare of staatsbelang bevindt zich op een glijdende schaal. Naarmate er sprake is van bijvoorbeeld voluntaire rechtspraak zal het publieke element sterker aanwezig zijn, maar wanneer dit element afneemt en er weinig verschillen zijn aan te wijzen tussen rechtspraak en arbitrage, lijkt een meer convergerende benadering van de rechtstoepassing in internationale zaken niet onverdedigbaar te zijn. Ook speelt mee dat het vonnis van de overheidsrechter in contentieuze zaken slechts gezag van gewijsde tussen de betrokken procespartijen heeft.[108] Indien de positie van derden daardoor niet wordt aangetast, lijkt er minder ruimte voor het argument dat een gerechtelijke procedure het zuivere partijbelang kan overstijgen en, dus, ambtshalve toepassing nodig is om andere belangen te beschermen.

(Richtlijn 2013/11/EU). Zie art. 10 lid 2 Implementatiewet buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten, *Stb.* 2015, 560, die art. 7:902 BW buiten toepassing verklaart. In dat geval kunnen immers dwingende bepalingen in de zin van art. 6, leden 1 en 2, Rome I of art. 5, leden 1 t/m 3, EVO van toepassing zijn.

108 En dan ook niet atijd voor elke verwante procedure tussen dezelfde partijen. Zie bijv. Hof Arnhem 15 december 2009, *NIPR* 2011/53, r.o. 3.3., waarin werd geoordeeld dat het oordeel over het toepasselijke recht dat door de rechter in de ontbindingsprocedure (inzake een arbeidsovereenkomst) werd gegeven, gezien de aard van de verzoekschriftprocedure geen gezag van gewijsde had in een bodemprocedure inzake de vraag of de arbeidsvoorwaarden eenzijdig mogen worden gewijzigd.

7.3.3 Rechter in contentieuze en non-contentieuze procedures

463 Verschillen

In verband met de aard van de rechtstoepasser kan er nog een onderscheid worden gemaakt. Dit betreft de vraag naar de verhouding tussen enerzijds de toepassing van het recht in zuiver contentieuze zaken en die in non-contentieuze, ook wel voluntaire of gracieuze, zaken. In hoeverre bestaat er verschil tussen beide categorieën en is dat van wezenlijk belang voor de vraag naar het toepasselijke recht?

Een belangrijk eerste verschil is dat in contentieuze aangelegenheden de omvang van dwingende bepalingen met een indisponibel karakter beperkter is dan in non-contentieuze procedures. Wanneer de processuele openbare orde in het geding is, kan van de rechter een actievere houding worden verwacht. Het wijzen van een vonnis *ultra petita* is dan een minder groot probleem. Dit roept de vraag op of a) de voor de rechtsaanwijzing relevante feiten ambtshalve door de rechter moeten worden vastgesteld, en b) indien deze internationale elementen vaststaan, de partijen deze buiten de rechtsstrijd mogen plaatsen, c) de rechter de inhoud van dat recht zelfstandig moet bepalen en d) in hoger beroep de appelrechter buiten de grieven van partijen om onderzoek naar de toepasselijkheid en de inhoud van een buitenlands rechtsstelsel moet doen. Aangezien de rechter, wanneer deze althans aan *iura novit curia* als leidend beginsel is gebonden, ook in contentieuze zaken de inhoud van het toepasselijke recht moet bepalen, concentreren de verschillen in dispositievrijheid zich vooral op de punten a), b) en d).

Een tweede verschil staat los van de disponibiliteit van de betrokken rechten en kan zich voordoen bij de vraag in hoeverre de rechter van partijen assistentie kan verwachten. Terwijl contentieuze rechtspraak zich richt op de beslechting van geschillen tussen procespartijen, is daarvan in het geval van non-contentieuze rechtspraak niet noodzakelijkerwijze sprake. In het laatste geval kan het voorkomen dat er geen verweerders of belanghebbenden in de procedure zijn betrokken. Daardoor is de rechter veelal afhankelijk van het standpunt van één partij. In een contentieuze procedure op tegenspraak heeft de rechter het voordeel dat meer partijen hun visie naar voren kunnen brengen, zodat de rechter beter in staat is om zijn eigen oordeel te vormen. Dit kan van belang zijn voor de vraag waar een bepaald aanknopingspunt is gelegen (gewone verblijfplaats of nationaliteit) of voor de vraag hoe het buitenlandse recht in het voorliggende geval luidt. Ook spelen veel contentieuze zaken zich niet op tegenspraak af en wordt vaak verstek verleend, in welk geval de rechter in beginsel ook gebonden is aan de opvattingen van één procespartij. In dat geval moet de rechter nog wel oordelen of de vordering hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt.[109] Het is echter niet te verwachten dat de rechter in dat geval een al te diepgaand onderzoek naar vreemd recht instelt, en soms wordt wel beweerd dat de gedaagde in dat geval geacht moet worden te hebben toegegeven dat de vordering juist is (*Geständnisfiktion*). In non-contentieuze zaken zal, vooral als de (processuele) openbare orde in het geding is, de rechter een dergelijk onderzoek echter wel moeten uitvoeren.

109 Art. 139 Rv.

464 Overeenkomsten

Er zijn evenwel ook overeenkomsten tussen de rechtstoepassing in contentieuze en non-contentieuze procedures aan te wijzen. In beide gevallen gaat het immers om een duidelijk omschreven vordering of verzoek, binnen het kader waarvan de rechtstoepassing moet plaatsvinden, zij het dat in non-contentieuze zaken die kaders doorbroken kunnen worden. Ook hebben rechters in beide situaties te maken met procedurele beginselen, zoals het recht op rechterlijk gehoor en berechting binnen een redelijke termijn. Deze hebben weliswaar geen betrekking op de omvang van de partijdispositie, maar kunnen niettemin op de toepassing van buitenlands recht een beperkende invloed uitoefenen. De verhouding tot deze beginselen wordt besproken in paragraaf 7.3.4.

7.3.4 Invloed van het procesrecht

465 Contentieuze rechtstoepassing heeft een eigen karakter

Zoals in het voorgaande reeds aan de orde is gekomen, hebben de vereisten van het burgerlijk procesrecht een belangrijke invloed op de toepassing van het ipr of van het vreemde recht. Het grote verschil tussen de toepassing door rechters, met name in contentieuze zaken, en door arbiters, enerzijds, en door niet-gerechtelijke autoriteiten, anderzijds, wordt grotendeels veroorzaakt door de invloed die het procesrecht daarop uitoefent. Rechters en scheidsrechters moeten immers rekening houden met belangrijke procesrechtelijke beginselen, zoals partijautonomie, hoor en wederhoor, een voortvarende behandeling van de zaak, de goede procesorde en het recht op een eerlijk proces. Deze dienen als toetsingskader voor hun handelen, terwijl het handelen van de niet-gerechtelijke autoriteiten, zoals de notaris, door professionele of ambtelijke standaarden wordt bepaald.

466 Processuele rechtvaardigheid

Om die reden is de discussie over het adagium *iura novit curia* praktisch alleen van belang voor de positie van vreemd recht in gerechtelijke en, zij het in mindere mate, in arbitrale procedures. De juiste toepassing van het materiële recht, al dan niet via de toepassing van de conflictregels, is slechts een van de belangen waarmee in de procedure rekening moet worden gehouden. Hoewel de materieel gezien correcte rechtstoepassing belangrijk is, neemt dit niet weg dat onder omstandigheden een afweging met andere, meer processuele belangen moeten worden gemaakt. Daartoe kan het redelijke termijn-vereiste nopen, zoals is gebleken uit de *Karalyos*-uitspraak van het EHRM,[110] of het vereiste dat partijen niet mogen worden overvallen met een voor hen niet voorzienbare aanvulling van de rechtsgronden.

Ook kan het vereiste van partijautonomie een belangrijke rol spelen. Partijen behouden immers de controle over de voor de rechtstoepassing relevante feiten en kunnen zo, althans in theorie, de toepasselijkheid van een buitenlands rechtsstelsel

110 Zie paragraaf 5.2.3.

uitschakelen. Maar bovenal moet niet worden vergeten dat in gevallen waarin partijen de vrije beschikking over hun rechten hebben, zij een procedure voortijdig kunnen stoppen door een vaststellingsovereenkomst te sluiten of de gang naar de rechter kunnen vermijden door arbitrage of bindend advies overeen te komen. Om die manier kan de toepassing van vreemd recht alsnog worden 'ontgaan', zelfs wanneer de rechter de plicht heeft om dat recht uit eigen beweging vast te stellen en toe te passen. Indien in een zuiver intern geval een dergelijke beschikkingsvrijheid niet als een probleem voor de rechtstoepassing wordt gezien, valt zonder nadere rechtvaardigingsgrond niet in te zien waarom dat in een internationaal geval uitzondering zou moeten lijden. Een dergelijke rechtvaardiging kan wellicht worden gevonden in de omstandigheid dat in grensoverschrijdende gevallen de toepassing van het conflictenrecht van een dermate dwingende aard is, dat ambtshalve toepassing alsnog is aangewezen. Om dat argument op zijn merites te beoordelen, moet wat dieper op de aard van het conflictenrecht worden ingegaan.

7.4 'Internationaal': verschil met interne gevallen en de invloed van het conflictenrecht

467 Conflictenrecht als rechtvaardiging voor *iura novit curia*?

In het voorgaande zijn de aard van vreemd recht, het gebrek aan gezaghebbende rechtskennis en de processuele inbedding ervan besproken. In deze paragraaf zal de aandacht worden gevestigd op het internationale karakter van de gevallen waarin een dergelijk recht wordt toegepast: in hoeverre vereist dit karakter een bijzondere behandeling ten opzichte van zuiver interne gevallen, en valt daarvoor een rechtvaardiging te vinden? Wat is de invloed van het conflictenrecht? De invloed van partijen is namelijk niet alleen van belang voor de procedurele context, maar kan ook een belangrijke rol spelen in het internationaal privaatrecht. Het is dan ook de vraag of de partijen in het geding een dergelijke invloed mogen uitoefenen, wanneer de aan het ipr ten grondslag liggende doelstellingen in aanmerking worden genomen.

De belangrijkste vraag in dit verband is of het conflictenrecht van een dermate dwingende aard is dat niet alleen de conflictregel, maar ook het daardoor aangewezen recht ambtshalve door de rechter moet worden toegepast. Vaak wordt het conflictenrecht zo'n dwingende aard toegeschreven. De argumenten die daarvoor zijn aangevoerd, zijn op hoofdlijnen onder te verdelen in twee categorieën. Ten eerste wordt regelmatig betoogd dat het conflictenrecht ambtshalve moet worden toegepast, vanwege de beginselen die tot dat rechtsgebied behoren en de doelstellingen die daarmee worden nagestreefd. Aangezien daarbij de aard van de rechtsregel(s), in dit geval verwijzingsregels, als doorslaggevend wordt beschouwd, zou men dit de *materiële* rechtvaardiging van de ambtshalve toepassing van vreemd recht kunnen noemen. Ten tweede is er een groep schrijvers die van mening is dat het conflictenrecht ambtshalve moet worden toegepast, omdat zij zijn opgenomen in wetten, verdragen, en verordeningen. Volgens deze groep is dus de rechtsbron van de verwijzingsregels van een dermate dwingende aard of van een

hiërarchische status dat daarmee de ambtshalve toepassing van die regels is gegeven. Dit zou men, vanwege de sterke nadruk op de vorm waarin verwijzingsregels zijn gegoten, ook wel de *formele* rechtvaardiging van de ambtshalve toepassing van buitenlands recht kunnen noemen. Vanwege de onderlinge verbondenheid tussen conflictregel en aanwezen recht, zou tevens het buitenlandse recht ambtshalve toegepast moeten worden.

7.4.1 Conflictenrecht als materiële rechtvaardiging voor de ambtshalve toepassing

468 Heeft het conflictenrecht een dwingend karakter?

Om te kunnen bepalen of de aard van het conflictenrecht zodanig dwingend is dat het aangewezen vreemde recht ambtshalve hoort te worden toegepast, is het eerst nodig dat wordt gekeken wat de aard van dat rechtsgebied precies is. Deze kan bestaan uit de doelstellingen van de conflictregel, de functie en de methode aan de hand waarvan wetsconflicten worden opgelost. Een van de argumenten is dat het moderne conflictenrecht nog grotendeels is gebaseerd op het model van F.C. von Savigny, met diens sterke nadruk op de nauwste verbondenheid, de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels, inclusief de daarmee gepaard gaande 'regelblindheid' en 'neutraliteit' van de conflictregel, en het belang van internationale beslissingsharmonie. Het is dus van belang om te bezien of deze eigenschappen meebrengen dat de ambtshalve toepassing door de rechter vereist is.

Het is opvallend dat bij de invloed van het conflictenrecht op de processuele status van vreemd recht een vrij centrale positie wordt toegekend aan belangen die het zuivere partijbelang ontstijgen. In die visie neemt de '*Ordnungsfunktion*'[111] van het ipr een dominante plaats in. De internationale 'ordening' van wetsconflicten zou niet gegarandeerd zijn als deze niet op ambtshalve wijze wordt bewerkstelligd, waardoor de rechtszekerheid en de voorspelbaarheid en uniformiteit van het verwijzingsresultaat tekort worden gedaan. Dit leidt er toe dat partijen geen zekerheid kunnen krijgen, met als gevolg dat zij mogelijk worden afgeschrikt om aan het grensoverschrijdende rechtsverkeer deel te nemen. Ook Flessner heeft erop gewezen dat in het ipr-debat de typisch publiekrechtelijke terminologie nog sterk verankerd is. Zo wordt gesproken van '*Herrschaftsansprüchen*' van verschillende rechtsstelsels en wordt het conflictenrecht als een '*Zuständigkeitsordnung*' gezien.[112] Op deze manier verkrijgt het ipr als discipline een karakter dat als '*quasi völkerrechtlich*' getypeerd kan worden en (mogelijk onder invloed van de voorheen geldende statutenleer) nog gegrond is op de soevereniteit van staten, hetgeen volgens Flessner echter achterhaald is.[113]

Dit alles leidt tot de vraag in hoeverre het conflictenrecht zo'n dwingend karakter kan worden toegekend, en of onder invloed van de Savigniaanse methode

111 Zie de bespreking bij De Boer, *RCADI* 1996, p. 291-293.
112 Flessner, *RabelsZ* 1970, p. 559.
113 Flessner, *RabelsZ* 1970, p. 559.

niet een sterkere nadruk op de rechtsverhouding dan op de staatssoevereiniteit gelegd moet worden.

469 Nieuwe ontwikkelingen: partijautonomie, begunstiging, bescherming

Na de opkomst van het Savigniaanse ipr hebben zich echter ook andere ontwikkelingen voorgedaan in het internationaal privaatrecht. Zo heeft de partijautonomie een belangrijke vlucht genomen. Dit argument doet af aan de waardenvoorstellingen die aan het zuiver Savigniaanse ipr ten grondslag liggen; welke waarde hebben deze nog als men het toe te passen recht toch voor het uitkiezen heeft? Desalniettemin wordt ook de rechtskeuze, in het bijzonder wanneer deze slechts voor een beperkt aantal rechtsstelsels kan worden uitgebracht, veelal getoetst aan de methodologische standaarden van het verwijzingsrecht. Vooral wanneer de rechtskeuze tijdens de rechtsgang wordt gemaakt, de zogenaamde 'processuele rechtskeuze', wordt daaraan de vereisten gesteld die ook voor een 'gewone' rechtskeuze gelden. Zo zou een processuele rechtskeuze slechts uitgebracht kunnen worden wanneer dat ook voorafgaand aan de procedure mogelijk zou zijn. Het argument dat de rechtskeuze ten processe van de 'gewone' verschilt doordat de eerste een beperkte tijdelijke werking heeft, namelijk voor de duur van het proces, wordt wel weerlegd met een beroep op de depeçage. Slechts voor zover een 'Teilrechtswahl' inderdaad mogelijk is, zou zo'n processuele rechtskeuze geldig zijn.[114] Een dergelijke, in de tijd beperkte, rechtskeuze wordt kennelijk op één lijn gesteld met de 'opsplitsing van het geschil', en plaatst daarmee het probleem wederom in het traditionele, conflictenrechtelijke perspectief.

Afgezien van de meer algemene belangen wordt er ook wel een beroep gedaan op de vermeende wensen van de procespartijen. Partijen zouden geen belang hebben bij de (procesrechtelijke) partijautonomie, omdat dit '(…) eerder een last dan een bevrijding (…)'[115] voor hen zou zijn. Zeker bij recent opgekomen verwijzingsgrondslagen, zoals het begunstigingsbeginsel of het beschermingsbeginsel,[116] kan deze omstandigheid een belangrijke rol spelen. Deze beogen immers een bepaalde partij te beschermen dan wel een bepaald materieel resultaat te garanderen. De vanuit conflictenrechtelijk oogpunt 'beschermde' of 'begunstigde' partijen zouden bij niet-ambtshalve toepassing het onderspit kunnen delven, zeker als deze minder kapitaalkrachtig zijn.[117] Tot slot wordt ook de positie van derden wel ingeroepen. Deze laatsten hebben immers aan de procedure part noch deel gehad. Wanneer de conflictregel, die wordt vermoed ook derdenbelangen te beschermen, niet ambtshalve wordt toegepast, zou hun rechtspositie buiten hun weten om beïnvloed

114 Von Hein, in: *MüKo BGB*, 'Einleitung IPR', aant. 293.

115 Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 1: '(…) daß gerade die prozessuale Privatautonomie für die Prozeßparteien eher eine Last als eine Befreiung bedeutet'.

116 Ook al wordt het beschermingsbeginsel geacht nog steeds onderdeel van het Savigniaanse denken uit te maken, zie Zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/106, en Asser/Vonken *10-I* 2018/233.

117 Lalive, *RCADI* 1977, p. 174, aangehaald door De Boer, *RCADI* 1996, p. 376.

kunnen worden.[118] Om die redenen wordt de verwijzingsgrondslag wederom ingeroepen om voor de ambtshalve toepassing van conflicten- en vreemd recht een rechtvaardiging te vormen.

470 Welke aard heeft het conflictenrecht?

In het licht van hetgeen in de literatuur daarover wordt gezegd, komt de vraag op in hoeverre conflictenrechtelijke overwegingen inderdaad zodanig dwingend zijn dat zij de ambtshalve toepassing van vreemd recht rechtvaardigen. Vereisen zij werkelijk dat het beginsel *iura novit curia* ook in internationale gevallen tot *Leitmotiv* wordt verheven? Daartoe zullen de uitgangspunten van het hedendaagse ipr onder de loep worden genomen. Maar eerst is het noodzakelijk dat wordt gekeken naar de invloed van de rechtskeuzebevoegdheid: als immers een rechtskeuze kan worden gemaakt voor de lex fori, dient de conflictregel dan nog ambtshalve te worden toegepast? Eerst daarna kan aandacht worden besteed aan de in het ipr beschermde belangen, zij het van publieke of private aard.

7.4.1.1 De rechtskeuze en processuele dispositievrijheid

471 Partij-invloed bij gebreke van een rechtskeuzemogelijkheid?

De vraag of met het overlaten van het rechtsaanwijzingsproces aan de partijen de functie van het conflictenrecht wordt ondergraven, doet zich niet voor als een vormvrije rechtskeuze voor de lex fori toegestaan is. De partijen hadden in dat geval ook in een eerder stadium al voor het forale recht kunnen kiezen. Dit betekent dat eerst dan van een probleem kan worden gesproken wanneer een rechtskeuze hetzij niet is toegestaan, hetzij slechts beperkt kan worden uitgebracht. Van belang hierbij is of de processuele partijdispositie inzake het toepasselijke recht, ofwel procesrechtelijke partijautonomie, op één lijn kan worden gesteld met de conflictenrechtelijke partijautonomie. Kunnen de met het ipr beoogde doestellingen wel aan een de processuele dispositievrijheid in de weg staan? Indien een rechtskeuze uitgebracht kan worden voor de lex fori, is het dan werkelijk noodzakelijk om strak de hand te houden aan de ambtshalve toepassing? Of zijn deze vormen van partijautonomie praktisch op één lijn te stellen? De vraag die in dat verband beantwoord moet worden, is waarom de rechtskeuze in een specifiek geval beperkt wordt of afwezig is. Een discrepantie tussen conflictenrechtelijke en procesrechtelijke partijautonomie kan zich, op basis van het huidige Europees ipr, daarom alleen voordoen ingeval het conflictenrecht niet wordt toegepast, terwijl sprake is van een situatie waarin de rechtskeuzebevoegdheid slechts beperkt kan worden uitgebracht. Om verschillende redenen kan deze mogelijkheid beperkt zijn.

118 Koerner, *Fakultatives Kollisionsrecht* 1995, p. 113, lijkt juist van mening dat derdenbelangen door facultatief conflictenrecht behartigd kunnen worden.

472 Gevaltypen van de beperkte rechtskeuze

Ten eerste kan de beperking van de rechtskeuzemogelijkheid aan de orde komen in een zuiver intern geval van contractuele of buitencontractuele aard, waarin sprake is van voorschriften waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgeweken.[119] De dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht blijven dan immers van toepassing. Een voorbeeld is het geval waarin twee in Nederland gedomicilieerde partijen een overeenkomst hebben gesloten met een rechtskeuze voor Engels recht. Op grond van art. 3 lid 3 Rome I is het Engelse recht van toepassing, maar laat deze keuze de gelding van dwingende bepalingen van Nederlands recht onverlet.

Ten tweede kan het gaan om een rechtskeuze in een grensoverschrijdend geval die weliswaar geldig is, maar de dwingende bepalingen van het objectief toepasselijke recht tegen zich moet laten gelden op grond van het beschermingsbeginsel. Dit is het geval in consumenten- en arbeidsgeschillen onder de Rome I-verordening.[120] Zo kan een overeenkomst tussen een (passieve) Nederlandse consument en een Engels bedrijf een rechtskeuze voor Engels recht bevatten. Deze keuze is geldig, maar de consument mag niet de bescherming verliezen die hij kan ontlenen aan dwingende bepalingen van Nederlands recht.

Ten derde kan het gaan om een rechtskeuzebevoegdheid, waarbij de keuze is beperkt tot een of enkele aanknopingsfactoren als de nationaliteit of de gewone verblijfplaats. Voorbeelden daarvan zijn de rechtskeuze in het geval van erfopvolging, waarbij de erflater kan kiezen voor zijn nationale recht. Een ander voorbeeld is de keuze van het recht dat van toepassing is op het huwelijksvermogensregime, dat slechts het recht van gewone verblijfplaats of de nationaliteit van (een der) echtgenoten kan betreffen.[121] Maar ook buiten het familie(vermogens)recht zijn er voorbeelden te vinden, zoals bij het toepasselijke recht op overeenkomsten tot het vervoer van passagiers[122] en op verzekeringsovereenkomsten die niet vallen onder art. 7 lid 2 Rome I. Ook daarvoor geldt dat slechts gekozen kan worden uit enkele, daarvoor in aanmerking komende stelsels.[123]

Tot slot zijn er rechtskeuzen die slechts op een bepaald tijdstip kunnen worden uitgebracht. Zo kan een keuze ex art. 14 lid 1 aanhef en sub a Rome II alleen worden uitgebracht nadat de schadeveroorzakende gebeurtenis heeft plaatsgevonden. De reden hiervoor heeft vooral te maken met de voorspelbaarheid van de gevolgen van

---

119 Art. 3 lid 3 Rome I en art. 14 lid 2 Rome II. Wanneer echter sprake is van Gemeenschapsrecht waarvan niet bij overeenkomst kan worden afgewezen, zoals in art. 3 lid 4 Rome I en art. 14 lid 3 Rome II, speelt het probleem niet. Dan gaat het immers om Gemeenschapsrecht waarmee de nationale rechter bekend behoort te zijn.

120 Art. 6 lid 2 resp. art. 8 lid 1 Rome I.

121 Art. 22 Huwelijksvermogensrechtverordening.

122 Art. 5 lid 2 Rome I. De passagiers worden als de 'zwakkere partij' beschouwd, zie Martiny, in *MüKo BGB, Band 10,* 6e druk (2015), Art. 5 Rome I, aantek. 27.

123 Zie art. 7 lid 3 Rome I. Er worden wel ruimere rechtskeuzen toegestaan als de betrokken staat daarin voorziet, mits het maar niet gaat om een levensverzekering of om de dekking van een risico die voortvloeit uit een gebeurtenis en in een andere lidstaat is gelegen dan de plaats van ligging van het risico.

een dergelijke keuze.[124] De voor Nederland niet geldende Rome III-verordening gaat echter uit van het tegenovergestelde: de rechtskeuze kan uiterlijk op het tijdstip van het aanhangig maken van de procedure worden uitgebracht, tenzij de betreffende lidstaat zo'n keuze ook tijdens de procedure toestaat.[125] Dit kan ook een keuze voor de lex fori betreffen.[126] Dit lijkt, gezien art. 5 lid 3 van die Verordening, slechts te zijn bedoeld om op dit punt niet onnodig in te grijpen in het recht van de lidstaten. Verder kan ook het Haags Alimentatieprotocol 2007, zij het via art. 15 Alimentatieverordening, worden gezien als deel van het Europees ipr. Onder het Haags Protocol kan op elk moment een rechtskeuze worden gesloten, mits voldaan is aan bepaalde vormvereisten.[127] Dit is anders wanneer een rechtskeuze ten faveure van de lex fori slechts wordt uitgebracht voor een bepaalde procedure, nadat die procedure aanhangig is gemaakt. In dat geval lijken er geen vormvereisten te gelden.[128]

473 Probleem slechts beperkt

Het voorgaande brengt mee dat slechts in een beperkt aantal gevallen de vraag opkomt of de conflictregel ambtshalve toegepast moet worden vanwege het daarmee verbonden belang. In de hiervoor besproken vierde categorie van rechtskeuzen is er immers een keuze voor de lex fori mogelijk *nadat* een procedure aanhangig is gemaakt. Dit loopt parallel met de processuele dispositievrijheid. Dit betekent dat de conflictregel niet een zodanig dwingend karakter heeft dat de ambtshalve toepassing ervan noodzakelijk is. Ook in het geval van de beschermende verwijzingsregels die een beperkend effect op de rechtskeuzevrijheid kunnen hebben (de tweede categorie), lijkt het probleem niet zo groot.

In arbeids- en consumentengeschillen is er *de facto* sprake van een Gleichlauf tussen bevoegde rechter en toepasselijk recht. Het dwingende recht waaraan zij bescherming kunnen ontlenen, maakt immers deel uit van de lex fori. Het gekozen recht – als materieelrechtelijke rechtskeuze – is van aanvullende aard en als zodanig dus disponibel. Dit is slechts anders wanneer de werknemer of consument besluit de zaak voor de rechter van de woonplaats van diens wederpartij aan te brengen. Dit kan echter worden beschouwd als een bewuste keuze van de betrokken consument of werknemer. Wel kan een arbeidsovereenkomst mogelijk nauwer betrokken zijn bij een ander rechtsstelsels dan de *lex loci laboris*. Dit zal in een later stadium nog worden besproken in verband met het nauwste band-beginsel.

Een vergelijkbare redening gaat op voor het passagiersvervoer in de zin van art. 5 Rome I. Afgezien van de omstandigheid dat het vervoersrecht in hoge mate is geünificeerd (het CMR-verdrag, het Verdrag van Montréal, etc.), is de rechtskeuze-

124 Vandaar dat een rechtskeuze bij beding tussen partijen die allen handelsactiviteiten verrichten wel toegestaan is, zie art. 14 lid 1 aanhef en sub b Rome II.

125 Art. 5 lid 2 Rome III.

126 Art. 5 lid 1 sub d Rome III.

127 Zie art. 7 lid 2 en art. 8 lid 2 Haags Alimentatieprotocol.

128 Art. 7 lid 1 jo. lid 2 Haags Alimentatieprotocol 2007. Het wordt overgelaten aan het recht van de aangezochte rechter of een dergelijke keuze ten processe kan worden uitgebracht. Zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/198 onder a *in fine*.

mogelijkheid beperkt tot aanknopingspunten die tevens voor de internationale bevoegdheid van belang zijn. De gewone verblijfplaats van de vervoerder komt overeen met het forum rei, terwijl de plaats van vertrek of van de bestemming ook voor de alternatieve bevoegdheidsgrond van art. 7 sub 1 onder b Herschikte EEX van belang zal zijn.[129] Voor zover de exceptieclausule van art. 5 lid 3 Rome I aan de orde is, geldt daarvoor hetzelfde als wordt besproken bij het nauwste band-beginsel.

Zo beschouwd is er slechts sprake van een probleem voor zover het gaat om de overige gevallen waarin de mogelijkheid van een rechtskeuze wordt beperkt. Daarbij kan in Europees verband worden gedacht aan een 'geïnternationaliseerd' intern geval van verbintenissenrecht, erfenissen, huwelijks- en partnerschapsvermogen, het passagiersvervoer, en bepaalde verzekeringsovereenkomsten. Buiten het Europese ipr kan worden gedacht aan het personen- en familierecht, het goederenrecht en het rechtspersonenrecht. Om te kunnen bepalen of deze conflictregels dwingend zijn, moet eerst worden gekeken welke belangen daarmee zijn gemoeid, en op welk methodologisch uitgangspunt zij zijn gebaseerd. Gaat het om de nauwste verbondenheid of om andere verwijzingsgrondslagen? Gaat het daarbij voornamelijk om private belangen, of om andere, algemene, belangen?

474 Invloed vormvoorschriften

Tot slot is er nog de vraag of vormvereisten een rol spelen bij de afweging of het conflictenrecht een ambtshalve toepassing vereist. Ondanks het in deze studie verdedigde standpunt dat de conflictenrechtelijke rechtskeuze en de processuele partijdispositie als twee verschillende grootheden moeten worden beschouwd, is het immers een belangrijke vraag of de rechtskeuze voor de lex fori niet alleen qua inhoud maar ook qua vorm geldig is. Bij een bevestigend antwoord valt er namelijk in het geheel geen 'probleem' te ontwaren: de (conflictenrechtelijke) rechtskeuze voor de lex fori is in dat geval ook formeel geldig, zodat niet meer aan de objectieve verwijzingsregel en de mogelijke toepasing van de lex caue wordt toegekomen.

Voor de vormvoorschriften is het van belang of deze als constitutief vereiste gezien moeten worden, of dat zij slechts bewijswaarde hebben. In het laatste geval is er immers geen probleem wanneer deze ten processe wordt uitgebracht: de rechter die uitdrukkelijk vaststelt dat partijen het recht van staat X of Y van toepassing verklaren, geeft immers een beslissing met kracht van authenticiteit.[130] Een hogere standaard voor vormvereisten is er praktisch niet, zodat aan de doelstelling van het vormvoorschrift is voldaan. Dit is een bijkomend argument voor de stelling dat de conflictenrechtelijke rechtskeuze voornamelijk is bedoeld om partijen tegen zichzelf te beschermen door aan hen zekerheid te bieden vóórdat zich een geschil voordoet, en het bewijs van deze keuze door middel van een vormvoorschrift te verzekeren. Bij

129 Vgl. HvJ EG 9 juli 2009, zaak C-204/08, *Jur.* 2009, p. I-6073, ECLI:EU:C:2009:439 (*Rehder/Air Baltic*), voor zover het althans gaat om het luchtvervoer, waarbij is geoordeeld dat de eiser voor de bevoegdheid in de zin van (destijds nog) art. 5 sub 1 onder b, tweede streepje, EEX, de keuze had tussen de rechter van de plaats van vertrek of de rechter van de plaats van aankomst volgens de overeenkomst.

130 Zie ook Flessner 2012, p. 605.

een constitutief vormvereiste is dit anders, aangezien de rechtskeuze dan slechts tot stand zou komen wanneer aan deze vereisten is voldaan. Het is echter niet waarschijnlijk dat een vormvoorschrift bij een rechtskeuze een constitutief karakter heeft. Zelfs in het geval waarin een bepaalde goederengemeenschap in het leven wordt geroepen, zoals een huwelijksgoederengemeenschap, wordt als ondergrens vereist dat de partijen in ieder geval hun keuze in een schriftelijk, gedagtekend en ondertekend stuk opnemen.[131] Dit lijkt vooral te dienen om het bewijs van de rechtskeuze te vergemakkelijken.

7.4.1.2 Belangen in het conflictenrecht: publiek of privaat?

475 Aard en doelstellingen objectieve verwijzingsregels

Zoals in de vorige paragraaf beschreven, komt de vraag of de aard en de doelen van het conflictenrecht een invloed hebben op de processuele status van vreemd recht in de geselecteerde rechtsstelsels, slechts aan de orde voor zover er geen rechtskeuze voor de lex fori kan worden uitegebracht. Zelfs in dat laatste geval moet het objectief toepasselijke recht dat het geval beheerst van een dermate groot belang zijn, dat geen partij-invloed kan worden toegestaan. Daarbij werpt zich de vraag op welke rol de grondslag en de methode van het conflictenrecht speelt. In hoeverre heeft de idee van de nauwste verbondenheid en van de internationale beslissingsharmonie invloed op de processuele status van conflictenrecht en het daardoor aangewezen vreemde recht? En welke invloed wordt uitgeoefend door andere verwijzingsmodellen? Kortom, vereist de 'conflictenrechtelijke rechtvaardigheid' ('*internationalprivatrechtliche Gerechtigkeit*',[132] '*conflicts justice*'[133]) dat dergelijke regels *ex officio* worden toegepast?

476 Savigniaans conflictenrecht

De klassieke verwijzingsregel is nog grotendeels gebaseerd op de opvattingen van Savigny. De grondslag van diens leer is gebaseerd op het concept van de 'gemeenschap van de met elkaar verkerende naties' ('völkerrechliche Gemeinschaft der miteinander verkehrende Nationen'[134]). Dit is een vrij abstract concept, dat de rechtvaardiging voor de toepasselijkheid van vreemd recht op een 'bovenstatelijk plan'[135] zoekt. Het is niet duidelijk of dat betekent dat er een op het internationaal publiekrecht gebaseerde plicht zou bestaan op grond waarvan staten verplicht zijn vreemd recht toe te passen. Aangenomen wordt dat deze verwijzing naar het volkenrecht niet meer is dan een uiting van een internationalistische gezindheid. In tegenstelling tot diens grondslag, is het Savigniaanse verwijzingsmodel qua methode sterker ontwikkeld. Het centrale criterium is het beginsel van de nauwste

131 Zie, bijv. art. 13 Haags Huwelijkvermogensverdrag 1978,
132 Kegel/Schurig 2004, p. 145.
133 Zie daarover ook De Boer, *RCADI* 1996, p. 291-293.
134 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/20.
135 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/20.

verbondenheid. Op metaforische wijze wordt wel gesteld dat de rechtsverhouding 'op drift is geraakt' en een 'thuis' ('Heimath') nodig heeft, en daarom op zoek moet worden gegaan naar diens 'zetel' ('Sitz'). [136] Elke rechtsverhouding heeft zijn eigen 'recht' dat daarop van toepassing is, zodat slechts naar dat stelsel gezocht moet worden waarmee het objectief gezien op de nauwste manier is verbonden. Daarbij behoren overwegingen van inhoudelijke aard geen rol te spelen.

Op grond hiervan is de gedachte verdedigbaar dat voornamelijk de bij de rechtsverhouding betrokken partijen belang hebben bij de aanknoping bij het nauwst verbonden recht. Als het immers om de vaststelling van de *Sitz* van de rechtsverhouding gaat, betekent dit dat de rechtsverhouding centraal wordt gesteld. Verdedigbaar lijkt dan ook de stelling dat de *primaire* belangen die met het Savigniaanse systeem zijn gemoeid, private belangen zijn. Dit blijkt tevens uit de overige elementen van dit model. Zo strekt de internationale beslissingsharmonie er vooral toe dat de partijen, ongeacht in welke staat zij hun vordering aanhangig maken, door hetzelfde recht worden beheerst. Dit poogt aan te sluiten bij hun gerechtvaardigde verwachtingen. Bovendien voerde Savingy aan dat zijn opvattingen moesten voorkomen dat sprake is van door statelijke willekeur ingegeven 'rechteloosheid' ('Rechtslosigkeit') van vreemdelingen, zoals dit onder de comitasleer wel zou bestaan.[137] Hieruit blijkt dat, althans oorspronkelijk, vooral de belangen worden vooropgesteld van de partijen die zich in grensoverschrijdende situaties bevinden. Voor zover met de verwijzing wordt beoogd om het gerechtvaardigde vertrouwen van de partijen te beschermen, spreekt het private karakter van dit belang voor zich.

477 Publieke belangen in het (Savigniaanse) conflictenrecht

Het voorgaande neemt overigens niet weg dat er met het klassieke verwijzingsmechanisme ook belangen gemoeid zijn die de strikt private sfeer te boven gaan. Kegel heeft deze ook wel heeft aangeduid met '*Ordnungsinteressen*' en '*Verkehrsinteressen*',[138] en zij zien kortweg op het tegengaan van forumshopping, het bevorderen van de internationale beslissingsharmonie, het voorkomen van hinkende rechtsverhoudingen, de eenheid van het verwijzingsresultaat en het versterken van de rechtszekerheid. Hoewel dit belangrijke waarden zijn, neemt dit niet weg dat de primaire belanghebbenden toch voornamelijk de bij de rechtsverhouding betrokken partijen zijn. De overige waarden, waardoor de uitkomst van het conflictenrecht voorspelbaar wordt en de uitkomsten van het verwijzingsprocedé zoveel mogelijk uniform zijn, kunnen worden beschouwd als 'afgeleide belangen' of 'secundaire belangen'. Eerst wanneer partijen met zekerheid weten dat het toe te passen recht hetzelfde blijft, ongeacht waar de zaak aanhangig wordt gemaakt, kan daaruit immers voor toekomstige gevallen worden afgeleid dat onder vergelijkbare omstan-

136 Beeldspraak ontleend aan Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/20.

137 Savigny, *System* 1849, p. 25.

138 G. Kegel, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, München: Beck 1985, p. 75-78. Zie recentelijk ook Kegel/Schurig 2004, p. 137-144. Zie hierover ook De Boer, *RCADI* 1996, p. 292-293.

digheden hetzelfde zal gebeuren. De rechtszekerheid eist slechts dat de conflictregel aan de partijen de garantie geeft dat een bepaald recht kán worden toegepast, maar of zij daarvan gebruik maken door deze regel daadwerkelijk in te roepen, blijft voor hun rekening. Rechtsstelsels die hun rechters wel voorschrijven om dit ambtshalve te doen, besparen de rechtszoekenden weliswaar deze keuze, maar noodzakelijk is het niet. Ook de internationale beslissingsharmonie staat primair ten dienste van de partijen, die erop moeten kunnen vertrouwen dat, ongeacht het forum, hetzelfde recht wordt toegepast.

478 Beschermende conflictregels

De conflictregel kan ook bedoeld zijn om niet zozeer de rechtsverhouding zelf, maar juist de belangen van één partij te dienen. Dit is het geval wanneer sprake is van de bescherming van bepaalde 'zwakkere' partijen, zoals consumenten, verzekeringnemers en consumenten.[139] Hoewel de op het beschermingsbeginsel gebaseerde verwijzingsregels nog steeds aansluiten bij het nauwste band-beginsel,[140] en daarover hetzelfde gezegd kan worden als in het voorgaande, gaan zij wel uit van een bepaalde 'zwakkere' partij. Zoals gesteld, zal er in consumenten- en arbeidszaken de facto vaak van een 'Gleichlauf' tussen forum en toepasselijk recht sprake zijn.[141] Voor zover dat niet het geval is, moet men zich de vraag stellen of ambtshalve toepassing deze effectief kan beschermen en of, ingeval andere belangen worden benadeeld (zoals een voorspoedige behandeling van de zaak), er geen alternatieven voorhanden zijn om daarmee rekening te houden. Daarbij is van belang dat de geboden bescherming van de zwakkere partij vooral conflictenrechtelijk van aard is: aan haar wordt de mogelijkheid geboden door haar 'eigen' recht beheerst te worden, ongeacht of dat materieel gezien ook gunstiger voor haar is. Voor zover een partij zich op de toepassing van haar eigen recht kan beroepen, lijkt de niet-ambtshalve toepassing van de conflictregel geen ongerechtvaardigde belemmering van dit belang in te houden.

479 Overige verwijzingsmodellen

Ook de overige verwijzingsmodellen nopen niet tot de conclusie dat ambtshalve toepassing strikt noodzakelijk is voor het behalen van de aan die verwijzingsregels verbonden doelstellingen. Zo is het begunstigingsbeginsel gericht op het bereiken van een bepaald gewenst, vooral materieel, resultaat. Dat kan erin bestaan dat, bijvoorbeeld, een alimentatiegerechtigde zijn of haar recht op alimentatie kan effectueren of dat een testament naar de vorm genomen geldig is. Voor zover aan die doelstelling wordt voldaan, is er vanuit conflictenrechtelijk oogpunt geen probleem als de verwijzingsregel niet ambstshalve wordt toegepast. De geboden 'conflictenrechtelijke herkansing',[142] bestaande uit een catalogus van aanknopings-

139 Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 419.
140 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/106.
141 Zie daarvoor ook paragraaf 7.4.1.1. Zie ook Flessner 2012, p. 601.
142 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/107.

factoren die simultaan of successievelijk toepassing vinden, is dan immers overbodig. Het faciliterende karakter van zo'n herkansing brengt mee dat, indien een zaak voor de rechter komt, er zo veel mogelijk opties zijn waaruit een keuze gemaakt kan worden om het gewenste materiële eindresultaat te bereiken. Indien de lex fori dat resultaat ook kan garanderen, zonder evenwel deel uit te maken van de ex ante opgesomde aanknopingsfactoren, ontvalt de grond om de verwijzingsregel ambtshalve te te passen. Waarom zou immers de 'begunstigde' partij een extra optie onthouden moeten worden?

Verder hebben ipr-regels met een sterk (semi)publiekrechtelijk karakter, zoals de internationale openbare orde of de voorrangsregels, een uitzonderingspositie. Als zodanig is ambtshalve toepassing ofwel daarmee inherent verbonden – zoals met de internationale openbare orde, waarbij immers slechts aan het eigen recht wordt getoetst – ofwel heeft de betrokken regel van ipr een zodanig aanvullend karakter, dat ambtshalve toepassing lastig is voor te stellen. Van dat laatste kan worden gesproken bij de buitenlandse voorrangsregels, die immers in aanmerking genomen *kunnen* worden indien een vreemde staat daarbij een zwaarwegend belang heeft. De facultatieve bewoordingen sluiten een ambtshalve onderzoek naar de aanwezigheid, toepasselijkheid, inhoud en strekking daarvan praktisch uit.[143]

480 Consequenties

Wat is het gevolg van het voorgaande, nu is geconstateerd dat het conflictenrecht voornamelijk private en geen publieke belangen dient? In ieder geval kan op grond daarvan worden aangenomen dat indien de conflictregel vooral de belangen van de partijen dient, zij kunnen besluiten daarvan geen gebruik te maken. De conflictregel schrijft voor dat op een bepaalde rechtsverhouding vreemd recht van toepassing is, en dit, mocht dit nodig zijn, door (één van) de partijen ingeroepen kan worden. Of dat daadwerkelijk gebeurt, is afhankelijk van zowel de manier waarop in de forumstaat met deze vraag wordt omgegaan als de keuze van de partijen zelf. Er is geen algemeen belang dat hun keuzevrijheid ontstijgt en daarop een beperkende invloed uitoefent. Voor zover echter het individuele partijbelang zodanig hoog wordt ingeschat (beschermingsbeginsel, begunstigingsbeginsel) dat het niet aan haar kan worden overgelaten, kan ambtshalve toepassing in voorkomend geval op haar plaats zijn. De vraag is dan of de ambtshalve toepassing die doelstelling kan bewerkstelligen en of er geen andere alternatieven zijn die minder vergaand zijn en het gewenste resultaat nochtans kunnen bereiken.[144] Bovendien hebben partijen steeds de mogelijkheid om het vreemde recht in te roepen.[145] Al met al betreft dit overigens een uitzonderlijke omstandigheid, en volstaat dit niet om de conclusie te kunnen trekken dat het gehele conflictenrecht als zodanig vereist dat het uit eigen beweging door de rechter wordt toegepast, met inbegrip van het daardoor aangewezen recht.

143 Anders Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 108-109.
144 Zie daarvoor uitgebreider hoofdstuk 8.
145 Zie, voor het EVO, Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 89-90; Hartley, *ICLQ* 1996, p. 291.

Wel kunnen de belangen van derden een rol spelen. Hoe kan met deze belangen worden omgegaan? Worden zij door de niet-ambtshalve toepassing van het conflictenrecht en het vreemde recht zodanig benadeeld, dat zij praktisch zinledig worden gemaakt? Is het mogelijk dat de partijen bij de rechtsverhouding door onderlinge afstemming deze belangen kunnen schaden door het eigenlijk toepasselijke recht te ontgaan? En moet 'forum shopping' niet zoveel mogelijk worden tegengegaan?

7.4.1.3 Derdenbelangen en het toepasselijke recht

481 Benadeling van derden: een beperkt probleem

Een belangrijk argument voor de ambtshalve toepassing is dat de rechten van derden kunnen worden benadeeld, wanneer de rechter het toepasselijke recht niet uit eigen beweging vaststelt. Weliswaar kan van de oorspronkelijke partijen bij de rechtsverhouding nog gezegd worden dat een beroep op vreemd recht altijd openstaat, en zij dus zelf verantwoordelijk kunnen worden gehouden voor het achterwege laten daarvan, maar derden staan feitelijk buiten hun geschil. Afgezien van de mogelijkheid van interventies, zoals voeging of vrijwaring, nemen de derden immers geen deel aan het processuele debat. Hun verhaalsmogelijkheden kunnen wellicht worden beperkt door de niet-ambtshalve toepassing van vreemd recht, omdat de oorspronkelijke partijen door strategisch procesgedrag een ander recht van toepassing kunnen laten worden. Dit zou raken aan de leer van de wetsontduiking,[146] volgens welke de partijen het eigenlijk toepasselijke recht kunnen ontwijken om de belangen van onder meer derden te kunnen benadelen. Om die reden wordt de ambtshalve toepassing noodzakelijk geacht om dergelijk ontwijkend gedrag, en *forum shopping* in het algemeen, te voorkomen.

Om het argument van de derdenbescherming op waarde te kunnen schatten, moet eerst de vraag worden beantwoord wanneer het probleem van belangen van derden in het internationaal privaatrecht een rol speelt. Logischerwijze is dat het geval wanneer de verwijzingscategorie niet alleen de direct bij de rechtsverhouding betrokken partijen omvat, maar zich tevens uitstrekt tot derde partijen. Het antwoord op deze vraag hangt dus af van de kwalificatie van het geschil. In bijvoorbeeld het huwelijksvermogensrecht omvat het toepasselijke recht in de eerste plaats de vermogensrechtelijke verhoudingen tussen beide echtgenoten, maar zal ook de relatie tot derden onder de verwijzingscategorie van het huwelijksvermogensrecht vallen in plaats van onder het individuele contracts- of delictsstatuut. Kortom: het probleem van de mogelijke benadeling van derden is dus afhankelijk van de grenzen van de verwijzingscategorie. Om onduidelijkheden te voorkomen, bepaalt een aantal ipr-regelingen daarom uitdrukkelijk dat derden binnen de reikwijdte van het aangewezen recht vallen.[147]

---

146 Zie reeds C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Parijs: Dalloz 1965, no. 94 e.v. Crawford & Carruthers, 'United Kingdom', in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 394, noemden de Engelse 'fact doctrine' zelfs een 'fraudem legis'.

147 Zie, bijvoorbeeld, art. 27, aanhef en sub f, Huwelijksvermogensrechtverordening.

Van belang is de ratio die ten grondslag ligt aan de uitbreiding van de reikwijdte van het toepasselijke recht tot derden. Deze ratio is het voorkomen van discrepanties tussen enerzijds de afdoening van geschillen tussen de oorspronkelijke partijen onderling en anderzijds de afdoening van geschillen tussen (een van) deze partijen en derden. Indien bijvoorbeeld het huwelijksvermogensregime van de echtgenoten wordt beheerst door het recht van staat X, wordt het wenselijk geacht dat ook de verhouding met derden door datzelfde recht wordt beheerst. Dit betekent dat deze 'uitbreiding' van de reikwijdte tot derden niet altijd in het belang van deze derden is. Een Nederlandse schuldeiser zal bijvoorbeeld niet bevoordeeld worden, wanneer zijn vordering op één van de echtgenoten wordt beheerst door het Engelse recht inzake huwelijksvermogen. Er is dan immers geen huwelijksgoederengemeenschap waartoe deze schuld zou behoren, zodat hij zijn vordering niet kan verhalen op het vermogen van de andere echtgenoot. Indien een Nederlandse rechter daarover had moeten oordelen, zou de schuldeiser daarentegen meer belang hebben gehad bij een onverkorte toepassing van de lex fori in plaats van de ambtshalve toepassing van de conflictregel. De derdenwerking van de conflictregel houdt in dit geval in dat de echtgenoten als 'verweer' zich altijd op het toepasselijke Engelse recht kunnen beroepen, ongeacht of de rechter dat ambtshalve moet nagaan. Ambtshalve toepassing verkleint in dit geval juist de verhaalsmogelijkheden van de derde. Dit doet afbreuk aan de kracht van het argument dat juist de belangen van derden de ambtshalve toepassing van het vreemde recht vereisten.

482 Derdenbescherming in conflictenrecht zelf

Ook bevatten conflictenrechtelijke instrumenten vaak zelf een regeling ter waarborging van de rechten van derden wanneer tijdens de rechtsverhouding het toepasselijke recht verandert, bijvoorbeeld door een rechtskeuze of door Statutenwechsel. Een voorbeeld daarvan is de rechtskeuzemogelijkheid die wordt geboden door art. 14 lid 1 Rome II. Volgens deze bepaling laat een dergelijke keuze de rechten van derden 'onverlet'. Hetzelfde geldt voor de tussentijdse wijziging van een rechtskeuze in de zin van art. 3 lid 2 Rome I en art. 22, leden 2 en 3, Huwelijksvermogensrechtsverordening. De ratio van deze bepalingen is om derden tijdens de duur van de rechtsverhouding te behoeden voor wijzigingen in het toepasselijke recht die door de partijen worden aangebracht, en waarvan zij mogelijk niet op de hoogte zijn.[148] De conflictenrechtelijke regeling, waarvan de reikwijdte ook tot derdenverhoudingen is uitgebreid, voorziet daar immers zelf in, wanneer op grond van die regeling al een wijziging wordt toegestaan. Dus zelfs indien (een vorm van) processuele partij-invloed op de rechtstoepassing al zou worden gelijkgesteld aan een rechtskeuze in conflictenrechtelijke zin, wordt de positie van derden evenmin aangetast.

Weliswaar kan daartegen worden aangevoerd dat dergelijke bescherming juist wordt geboden, omdat het conflictenrecht wordt toegepast. Ambtshalve toepassing

148 Ook in het geval van Rome II is er feitelijk sprake van een wijziging van het toepasselijke recht, omdat de rechtskeuze normaliter eerst mag worden uitgebracht wanneer het geschil zich al voordoet (en er al een objectief toepasselijk recht ex art. 4 e.v. Rome II aan te wijzen valt).

zou dan de rechten van derden waarborgen. Dit gaat echter voorbij aan de omstandigheid dat de geboden bescherming juist nodig is, omdat de conflictenrechtelijke regeling zich in de eerste plaats tot de betrokken derden uitstrekt. Indien dat niet het geval is, zou derdenbescherming ook niet nodig zijn; dan zou de rechtsverhouding met de derde immers door het individuele statuut, zoals het contracts- of delictsstatuut, worden beheerst in plaats van het tussen de oorspronkelijke partijen geldende regime.

Tot slot kan daaraan worden toegevoegd dat zelfs indien de ipr-regeling geen bepaalde voorziening voor derden treft, er nog kan worden teruggevallen op algemene regels van conflictenrecht. In de Nederlandse context dan daarbij worden gedacht aan de exceptie van het *fait accompli* (art. 10:9 BW). Deze voorziet immers in een bescherming van het gerechtvaardigd vertrouwen van rechtszoekenden, wanneer het toepasselijke recht kort gezegd anders blijkt te zijn dan op grond van de conflictregel gewoonlijk te verwachten was. Indien de partijinvloed op de rechtstoepassing inderdaad als een vorm van rechtskeuze wordt beschouwd, kan deze exceptie ook op die situatie worden toegepast.

Daar komt bij dat ook in procesrechtelijk opzicht de positie van derden niet zal worden benadeeld door de facultatieve toepassing van vreemd recht. Het gezag van gewijsde geldt immers slechts tussen partijen, althans in contentieuze procedures. Voor niet-contentieuze procedures zullen algemene belangen in het geding kunnen zijn. Daarvan is al eerder betoogd dat deze, wanneer zij althans de openbare orde betreffen, om die reden voor ambtshalve toepassing in aanmerking kunnen komen.

7.4.2 De rechtsbron van de conflictregel

483 'Formele' rechtvaardiging voor *iura novit curia*?

In het voorgaande is al aan de orde gekomen dat de ambtshalve toepassing van conflicten- en vreemd recht ook kan worden gestoeld op de aard van rechtsbron waarin de conflictregel is opgenomen. Deze redenering houdt in dat de rechtsbron van de conflictregel aan deze een dwingend karakter verleent. De vermeende dwingendheid van de verwijzingsregel zou ertoe nopen dat diens juiste toepassing door de rechter moet worden gegarandeerd. Aangezien de conflictregel niets anders doet dan verwijzen naar een nationaal recht, wordt aangenomen dat de toepassing van dat recht inherent met het verwijzingsresultaat verbonden is. Daardoor zou ook het aangewezen recht uit eigen beweging moeten worden toegepast.

Hoewel dit argument meestal wordt aangehaald binnen de context van internationale instrumenten als verdragen en Europese verordeningen, is deze gedachtegang ook in oudere rechtspraak en literatuur reeds terug te vinden. Tegen de achtergrond van een grotendeels ongeschreven conflictenrecht werd in de omstandigheid dat de verwijzingsregel in een wet was opgenomen een reden gevonden voor de ambtshalve toepassing ervan. Het is bijvoorbeeld goed denkbaar dat dit de reden was geweest voor het 'omgaan' van de Hoge Raad in 1915,[149] aangezien het in die zaak litigieuze art. 6 Wet AB een wetsbepaling was waaraan een dwingend

149 HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865 (*Ehlers & Loewenthal/Van Leeuwen*)

karakter werd toegekend. Ook in Frankrijk lijkt deze opvatting sterk aanwezig te zijn geweest, met name in de negentiende eeuw.[150] Deze gedachtegang is mogelijk ingegeven door het destijds sterk aanwezige legisme, vooral in combinatie met het soevereiniteitsdenken dat in het debat over de status van buitenlands recht een belangrijke rol speelde.[151] Vreemd recht was immers het resultaat van een vreemde wetgever, een buitenlandse soeverein, en kon om die reden geen werking hebben buiten diens territoir. Slechts wanneer de eigen wet verwees naar het vreemde recht was daarmee de toepassing van vreemd recht vereist; iets wat in het Duits, ook tegenwoordig nog, wel een '*Rechtsanwendungsbefehl*'[152] wordt genoemd. Het argument is nauw verweven met het eerder al genoemde deelprobleem van het gezag.

Aangezien sinds de jaren zeventig van de 20ste eeuw de unificatie en harmonisatie van het internationaal privaatrecht een enorme vlucht heeft genomen, met name in de vorm van verdragen,[153] kan deze redenering ook opgaan in het kader van het verdragsrechtelijke ipr. Zo is regelmatig betoogd dat het in verdragen opgenomen conflictenrecht om die reden ambtshalve moet worden toegepast.[154] Met de inwerkingtreding van het Verdrag van Amsterdam, en de overheveling van de rechtsgrondslag voor de harmonisatie en unificatie van ipr van de derde naar de eerste pijler, heeft dit argument een nieuwe dynamiek gekregen; het Europese karakter van het ipr zou de ambtshalve toepassing ervan vereisen. Beide ontwikkelingen zullen hier worden besproken.

7.4.2.1 Verdragenrecht

484 Verdragenrecht: Boll-zaak

Ter rechtvaardiging van het standpunt dat het verdragenrecht noopt tot het ambtshalve optreden van de nationale rechter kan een beroep worden gedaan op het Weens Verdragenverdrag en, in de periode voorafgaand aan dat verdrag, de *Boll*-uitspraak van het Internationaal Gerechtshof. De *Boll*-zaak[155] betrof een procedure die door Nederland tegen Zweden aanhangig was gemaakt. Aan de orde was het – inmiddels opgezegde – Haags Voogdijverdrag van 1902,[156] dat in art. 1 voorschreef dat de voogdij van een minderjarige door zijn of haar nationale wet wordt beheerst. Met betrekking tot een in Zweden geboren en aldaar gewone verblijfplaats hebbende minderjarige met de Nederlandse nationaliteit hadden de Zweedse

150 Zie, bijvoorbeeld, Zajtay, *Stellung* 1963, p. 17-18, en de aldaar aangehaalde literatuur.

151 Zoals blijkt uit Zajtay, *Stellung* 1963, p. 8-9, en 16-18.

152 Zie, o.a., Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 193.

153 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/12.

154 Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 73-112. Voor het Weens Koopverdrag, zie L. Spagnolo, '*Iura Novit Curia* and the CISG: Resolution of the Faux Procedural Black Hole', in: I. Schwenzer & L. Spagnolo (red.), *Towards Uniformity:* the 2nd Annual MAA Schlechtriem CIGS Conference, Den Haag: Eleven 2011, p. 181-221, op p. 190-198.

155 IGH 28 november 1958, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 concerning the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, I.C.J. Reports 1958, p. 55.

156 Verdrag tot regeling der voogdij van minderjarigen, 12 juni 1902, Stb. 1904, no. 121. Dit verdrag is met ingang van 1 juni 1979 opgezegd op 21 februari 1977 (zoals blijkt uit Trb. 1977, no. 58).

autoriteiten echter de Zweedse kinderbeschermingswet toegepast in plaats van het Nederlandse recht. Nederland was van mening dat Zweden daarmee het verdrag van 1902 had geschonden.

De klacht van Nederland werd uiteindelijk afgewezen. Het IGH onderzocht wat de bedoeling van het Verdrag van 1902 was geweest en kwalificeerde het geval als een aangelegenheid die verschilde van de door het Verdrag beheerste materie. De Zweedse maatregelen van kinderbescherming werden namelijk geacht een ander onderwerp te betreffen dan de door het verdrag bestreken kwestie van de voogdij. Zo op het eerste gezicht lijkt deze uitspraak weinig van doen te hebben met het hier besproken probleem van de processuele status van het conflictenrecht. De uitspraak van het IGH lijkt eerder steun te verlenen aan de opvatting dat de processuele behandeling van conflicten- en vreemd recht door dergelijk unificerende verdragen niet wordt bestreken. Zo oordeelde het IGH:[157]

> 'La Convention de 1902 s'est placée en face d'un problème de conflit de lois de droit privé. Elle présuppose l'hésitation que l'on a éprouvée dans le choix de la loi applicable à un rapport de droit déterminé: loi nationale de telle personne, loi du domicile, loi du juge saisi, etc. Elle a donné préférence à la loi nationale du mineur et ainsi *prescrit au juge* de tout Etat contractant *d'appliquer une loi étrangère* lorsque le mineur en cause est étranger. II est parfaitement concevable que le juge d'un État applique *dans certains cas* une loi étrangère (mijn cursivering, auteur).'

Deze bewoordingen lijken erop te duiden dat rechters van de verdragsluitende staten in casu verplicht zijn om de regels uit dat verdrag en zelfs het aangewezen recht uit eigen beweging toe te passen. Het is echter de vraag of het IGH dit met zoveel woorden zegt. Het is immers verdedigbaar dat het IGH slechts bedoelde te zeggen dat de regels uit het verdrag voorrang hebben op de nationale conflictregels die daarmee strijdig zijn en nationale rechters, in weerwil van hun eigen ipr, het door het verdrag aangewezen rechtsstelsel moeten toepassen. Dat wil dus niet zeggen dat dit ook betekent dat nationale rechters, desnoods tegen de wil van de procespartijen in, dergelijke verdragen onvoorwaardelijk moeten toepassen, zelfs als het nationale procesrecht daarin niet voorziet.

Deze gevolgtrekking wordt bevestigd door de andere overwegingen van het IGH in dezelfde uitspraak. Zo stelde het IGH dat van zo'n zuivere voorrangssituatie geen sprake was: '[l]a Cour n'est pas en présence d'une situation dans laquelle il lui suffirait de dire qu'une loi nationale ne peut prévaloir sur les obligations assumeés par traité'.[158] Daarentegen waren er andere maatregelen, namelijk op grond van het nationale kinderbeschermingsrecht, genomen die de toepassing van het verdrag mogelijk in de weg zaten. In dat verband oordeelde het IGH dat '[l]a législation locale en matière de tutelle est en principe exclue, mais non toutes les autres dispositions de la législation locale'.[159] Ook is het niet de bedoeling van het verdrag om '(…)

157 IGH 28 november 1958, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 concerning the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, I.C.J. Reports 1958, p. 55, op p. 70.

158 IGH 28 november 1958, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 concerning the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, I.C.J. Reports 1958, p. 55, op p. 67.

159 IGH 28 november 1958, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 concerning the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, I.C.J. Reports 1958, p. 55, p. 67.

régler ni restreindre le domaine d'application des lois qui répondent à des préoccupations d'un caractère général'.[160] En aldus werd er geen schending van het verdrag aangenomen, omdat de nationale regels niet binnen de reikwijdte van het verdrag vielen.

Op basis van het voorgaande is de opvatting verdedigbaar dat de regels inzake de processuele status van conflictenrecht (en buitenlands recht) eveneens behoren tot een categorie regels met een dergelijk 'algemeen karakter'. De slotzin van het voormelde citaat, inhoudende dat de rechter van een verdragsluitende staat 'in bepaalde gevallen' buitenlands recht toepast, lijkt deze lezing ook te ondersteunen. Al met al lijkt er nog wel wat ruimte te zijn voor algemenere regels, zoals de verhouding tussen de rechter en de procespartijen, die de toepassing van een dergelijk conflictenrechtelijk verdrag kunnen frustreren.[161]

485 Weens Verdragenverdrag

De inwerkingtreding van het Weens Verdragenverdrag[162] heeft weinig verandering in deze materie gebracht, aangezien zij wordt beschouwd als een neerslag van het geldende internationale gewoonterecht.[163] Dit verdrag is door sommigen ook aangevoerd als argument voor het standpunt dat de in verdragen neergelegde conflictregels door de rechter ambtshalve moeten worden toegepast.[164] Het beginsel *pacta sunt servanda* brengt in die visie mee dat de staat, en in het bijzonder de rechter als staatsorgaan, de bonafide naleving van het verdrag moet garanderen. De consequentie daarvan zou zijn dat de conflictregel en het toepasselijke recht – als verwijzingsresultaat – ambtshalve toegepast moeten worden. Het beginsel *pacta sunt servanda* is uitgewerkt in art. 26 en 27 WVV, waarin een paar bijzondere aspecten van de naleving van verdragen is opgenomen. Art. 26 WVV is een bepaling met algemenere strekking en zij schrijft voor dat elk in werking getreden verdrag de verdragspartijen verbindt en door hen te goeder trouw ten uitvoer moet worden gelegd. Art. 27 WVV bepaalt dat een verdragspartij zich niet kan beroepen op bepalingen van zijn eigen recht, om zo te rechtvaardigen dat zij een verdrag niet ten uitvoer heeft gelegd.[165] Sommigen hebben op grond hiervan wel beweerd dat een staat zich dus niet mag beroepen op de wijze waarop de processuele status van conflicten- en vreemd recht in die staat is geregeld, om zo de niet-toepassing van

160 IGH 28 november 1958, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 concerning the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, I.C.J. Reports 1958, p. 55, p. 68.

161 Anders: Hartenstein, *Privatautonomie*, 2000, p. 80-81, die met een beroep op de *dissenting opinions* meent dat de vordering van Nederland alleen werd afgewezen omdat het geval onder de openbare orde-exceptie zou vallen.

162 Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht, 23 mei 1969, *Trb.* 1972, 51.

163 Klabbers, in: *Handbok Internationaal Recht* 2007, p. 126.

164 Zoals door Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 81-87. Anders: Koerner, *Fakultatives Kollisionsrecht* 1995, p. 12-14; De Boer, *RCADI* 1996, p. 362-366.

165 Onverminderd art. 46 WVV, dat een regeling geeft voor de situatie dat een staat zijn instemming geeft in strijd met de bepalingen van zijn nationale recht.

verdragsrechtelijke verwijzingsregels te rechtvaardigen.[166] De gevolgtrekking is in dat geval dat de rechter ambtshalve moet optreden en nationale rechtsregels die met dat verdrag strijdig zijn dus buiten toepassing moet laten.

Niet duidelijk is of de betreffende bepalingen van het Weens Verdragenverdrag ook daadwerkelijk zien op de regels van procesrecht over de verdeling van taken tussen de rechter en de partijen in het geding. Om te beginnen moet in aanmerking worden genomen, dat de regeling van art. 27 WVV een algemene regel van verdragenrecht is, en het niet duidelijk is in hoeverre de toepassing van deze regel differentieert naar gelang sprake is van een verdrag dat slechts verplichtingen voor de verdragsluitende staten bevat of juist 'een ieder verbindende bepalingen' bevat waarop ook de ingezetenen van een staat een beroep kunnen doen.

Verder moet er rekening mee worden gehouden dat een lezing van art. 27 WVV volgens welke een verdragsrechtelijke conflictregel ambtshalve moet worden toegepast, is gebaseerd op een (uitsluitend) grammaticale interpretatie van die bepaling. Een meer teleologische interpretatie leidt mogelijk tot een ander resultaat. De bepaling van art. 27 WVV lijkt vooral bedoeld om te voorkomen dat een staat wetgeving afkondigt die strijdig is met het verdrag, of dat eerdere met het verdrag strijdige wetgeving wordt ingeroepen om de niet-naleving van het verdrag te rechtvaardigen. Dit lijkt eerder te zijn ingegeven door de wens om te voorkomen dat staten nieuwe wetgeving maken en met een beroep op *lex posterior derogat lege anteriori* de praktische werking van een verdrag onmogelijk kunnen maken.[167]

Met het voorgaande hangt samen dat de mate waarin een beperking van de toepassing van een verdrag plaatsvindt, een rol van betekenis kan spelen. Het is weliswaar mogelijk dat procesrechtelijke barrières die aan de toepassing van een verdrag in de weg staan binnen de reikwijdte van art. 27 WVW vallen. Ter verduidelijking is het adequaat om een onderscheid te maken tussen enerzijds procesregels die aan een beroep op een verdrag in de weg staan, en dus een op het verdrag gebaseerde vordering onmogelijk maken, en anderzijds regels die het proces zelf reguleren. De analogie met het onderscheid dat wel wordt gemaakt onder de *Van Schijndel*-doctrine in het Europese recht dringt zich hierbij op. Ook daar lijkt een onderscheid gemaakt te worden tussen de effectieve rechtsbescherming, die ziet op *acties* die op grond van het Unierecht worden ingesteld, en 'gewone' procedureregels, die zien op de wijze waarop een procedure wordt gevoerd.[168] Als de eerste categorie in het geding is, en een vordering op basis van het verdrag per definitie onmogelijk is, betekent dit waarschijnlijk dat een beroep op art. 27 WVV kan slagen. Wanneer er slechts sprake is van procesregels die een beroep op het verdrag niet als zodanig raken, maar wel de inroeping van een dergelijk verdrag aan bepaalde, algemeen geldende vereisten onderwerpt, lijkt van een schending van art. 27 WVV niet snel sprake te zijn.

---

166 Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 73-112. Zie ook, voor het Weens Koopverdrag, Spagnolo 2011, p. 191-196, en (woordelijk bijna identiek) Spagnolo 2014, p. 490-496.

167 Zie ook Klabbers, 'Hoofdstuk 5. Verdragenrecht', in: Horbach, Lefeber & Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Institut 2007, p. 19.

168 Paragraaf 5.3.2. en Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* 2012, p. 106, no. 172.

486 Conclusie

Tot slot moet in dit verband nog worden gewezen op de eigen aard van het conflictenrecht. Het conflictenrecht werkt immers 'indirect' in die zin, dat de verwijzingsregels zelf geen materieel resultaat geven. Dit is grotendeels al behandeld in het voorgaande en behoeft in dit verband dan ook geen uitgebreide behandeling. Het volstaat om te vermelden dat de werking van een conflictenrechtelijk verdrag altijd afhankelijk is van de vaststelling van de feiten die voor de toepasselijkheid van het aangewezen recht noodzakelijk zijn en van het antwoord op de vraag of het betreffende gerecht voldoende informatie over het toe te passen recht in zijn bezit heeft. Een 'causaal verband' tussen enerzijds de in het verdrag opgenomen conflictregel en anderzijds het effectief toegepaste recht is dus niet noodzakelijkerwijs aanwezig.

Het lijkt echter aannemelijk dat het antwoord op de vraag of een verdrag met een conflictenrechtelijk onderwerp in een procedure voor de nationale rechter ook ambtshalve zal moeten worden toegepast, zal afhangen van de uitleg van het betreffende verdrag, meer in het bijzonder van de vraag, of met het verdrag is bedoeld om de processuele status van de verdragsregels te beïnvloeden.[169]

7.4.2.2 Europees conflictenrecht

487 Geen ambtshalve toepassing vereist

Voor wat betreft het ipr dat in instrumenten van Unierecht is neergelegd, kan worden aangehaakt bij hetgeen daarover in hoofdstuk 5 al is gezegd. Om te beginnen bevatten deze regelingen, voornamelijk verordeningen, geen uitdrukkelijke plicht voor de nationale rechter om de daarin opgenomen conflictregels, laat staan het daardoor aangewezen recht, ambtshalve toe te passen. Integendeel, uit de voorbereidende documenten van de Rome II-verordening kan worden opgemaakt dat de Uniewetgever deze materie niet heeft willen regelen. Het is dan ook niet waarschijnlijk dat het Hof van Justitie van de EU anders zal oordelen.

Afgezien van de inhoud van deze instrumenten, brengt ook het Unierechtelijk karakter ervan niet noodzakelijkerwijs mee dat de rechter een plicht tot ambtshalve toepassing van de daarin opgenomen verwijzingsregels of van het aangewezen recht heeft. Het beginsel van de procesautonomie van lidstaten houdt in dat de procesregels die voor de verwerkelijking van het Unierecht nodig zijn, niet noodzakelijkerwijs daardoor worden beïnvloed. Slechts wanneer de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit zijn geschonden, zal de rechter ambtshalve moeten handelen, en wanneer hij op grond van een nationale regel van procesrecht een bevoegdheid tot ambtshalve handelen heeft, zal hij daarvan verplicht gebruik moeten maken. Er bestaat weliswaar een uitzondering voor mededingingszaken en voor consumentenzaken, maar deze bevatten voor het ipr weinig tot geen relevantie. Het consumentenrecht, zoals dat in de rechtspraak van het Hof van

169 De Boer, *RCADI* 1996, p. 365-366. In gelijke zin, maar iets voorzichter: Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 100, i.h.b. vtnt. 99.

Justitie is bedoeld, ziet voornamelijk op materieel consumentenrecht en kan moeilijk naar analogie worden toegepast op het conflictenrechtelijk consumentenrecht, dat toch voornamelijk in het traditionele Savigniaanse model is ingebed.[170]

7.4.3 Verschillen internationale en interne gevallen

488 Betrekkelijke waarde van conflictenrechtelijke beginselen

Al met al lijkt de vraag of een internationaal geval anders moet worden behandeld dan een zuiver intern geval, ontkennend kan worden beantwoord. Een gunstiger behandeling van grensoverschrijdende zaken, in die zin dat de rechter eerder tot ambtshalve handelen is genoopt, kan niet worden gegrond op het dwingend karakter van het conflictenrecht dat aan de toepassing van vreemd recht ten grondslag ligt. De beginselen van gelijkwaardigheid van rechtsstelsels en van de internationale beslissingsharmonie zijn deel van een conflictenrechtelijke methode dat op twee premissen is gegrond: a) de voor de rechtsaanwijzing relevante feiten zijn bekend, en b) de inhoud van het toe te passen recht is bekend. Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, kunnen de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels en de internationale beslissingsharmonie een rol spelen, met name bij het ontwerp van de conflictregels en bij de interpretatie van die regels.[171] Op welke wijze aan die twee voorwaarden wordt voldaan, is een vraag die weliswaar relevant is voor het conflictenrecht, maar daarmee niet inherent is verbonden. Deze twee vragen – de conflictenrechtelijke relevante feiten en de vaststelling van de inhoud van vreemd recht – hebben een meer processuele aard. Het betreft, met andere woorden, de vraag of het conflictenrechtelijk procedé geopend kan worden; zodra dat procedé is geopend, wijst het conflictenrecht het toepasselijke recht aan. Indien het toepasselijke recht is aangewezen, is de rol van het conflictenrecht uitgespeeld, en wordt de verdere behandeling van vreemd recht overgelaten aan het procesrecht. De conflictenrechtelijke methode oefent daarop in beginsel geen invloed uit.

489 Verschil interne en internationale procedures

Wanneer internationale en interne procedures met elkaar worden vergeleken, lijkt juist in grensoverschrijdende gevallen een minder actieve houding van de rechter plausibel te zijn. De noodzakelijk rechtskennis ontbreekt immers om een dergelijke actieve rol goed te kunnen vervullen. Dit heeft te maken met de in paragraaf 7.2.1. en 7.2.2. benoemde aspecten die aan de toepasselijkheid van buitenlands recht kleven en niet zozeer met een *Heimwärtstreben* of met een ongerechtvaardigde bevoordeling van de lex fori. De met het internationaal privaatrecht beoogde gelijkwaardigheid van rechtsstelsels wordt daardoor niet aangetast.

---

170 Immers, de functionele aanknoping die is gebaseerd op het beschermingsbeginsel is immers nog steeds deel van de aanknoping bij het recht waarmee de engste verbondenheid bestaat. Zie Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/106, en Asser/Vonken *10-I* 2018/233.

171 Anders: Hartenstein, *Privatautonomie* 2000, p. 76.

Verder kan ook in gevallen zonder internationaal element het procesrecht soms in de weg staan aan de handhaving van bepaalde materiële rechten. Een voorbeeld daarvan is de verjaring, die in sommige rechtsstelsels uitdrukkelijk door de verweerder moet worden ingeroepen. De reden daarvoor is dat de verjaring een faciliterend karakter heeft, aangezien wordt tegemoetgekomen aan de bewijspositie van de gedaagde. Indien in een intern geval dergelijke procedurele beperkingen op de rechtstoepassing kunnen bestaan, zou dit ook in internationale gevallen geen bezwaar moeten opleveren. Een vergelijkbaar faciliterend karakter kan worden toegekend aan het ipr, ook al komt het niet zozeer één partij, maar de gehele rechtsverhouding tegemoet. Waarom zou dat in een internationaal geval anders zijn en de 'rechtszekerheid' en 'eenheid van resultaten' in gevaar brengen? Partijen behouden immers het recht om zich op de conflictregel en het vreemde recht te beroepen.

7.5 Conclusie: de waarde van iura novit curia voor internationale gevallen

490 Waarde van het adagium

Na de verschillende aspecten ervan belicht te hebben, komt de vraag op wat de waarde van het beginsel *iura novit curia* is voor het huidige internationaal privaatrecht. Het buitenlandse recht neemt in de rechtsorde van het forum een bijzondere plaats in. Om te beginnen ontbreekt bij de rechter die vreemd recht toepast de vereiste rechtskennis om dit recht op gelijke voet met het eigen recht toe te passen. Zelfs als het kennisprobleem verholpen wordt, mist de nationale rechter nog steeds de autoriteit om op een gezaghebbende wijze het vreemde recht te interpreteren of toe te passen. Hoewel de metafoor van Goldschmidt, namelijk dat een rechter die vreemd recht toepast handelt als een fotograaf, terwijl een rechter die de lex fori toepast handelt als een architect,[172] te kort door de bocht is,[173] neemt dit niet weg dat er wel een kern van waarheid in schuilt. De toepassing van buitenlands recht door de rechter vindt plaats onder een zekere voorwaarde (of een zeker vermoeden), namelijk dat het door de rechter vastgestelde en toegepaste recht ook daadwerkelijk de stand van het recht in de staat van oorsprong weergeeft. Deze voorwaarde hoeft niet noodzakelijk vervuld te zijn wanneer de rechter het buitenlandse recht toepast. In interne gevallen zou een hogere rechter deze rechtstoepassing nog kunnen controleren, maar in internationale gevallen ontbreekt een hogere instantie die genoeg gezag heeft om de rechtstoepassing ten volle te kunnen toetsen. Immers, ook in hoger beroep blijft vreemd recht de rechter in beginsel onbekend, en zal een toetsing van de rechtstoepassing door de lagere rechter onder dezelfde voorwaarde als voornoemd plaatsvinden. Of de voorwaarde is vervuld c.q. het vermoeden juist is, is moeilijk vast te stellen. Dat geeft de toepassing van buitenlands recht een eigen karakter.

---

172 Goldschmidt 1952, p. 217: 'Am eigenen Rechte bauen wir als Architekten mit, das fremde Photographieren wir lediglich. Das eigene Recht wenden wir an, das fremde Recht ahmen wir nach.'

173 Zo ook Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 110-111, vtnt. 228; Kegel/Schurig 2004, p. 506 (§ 15 III).

491 Fictief karakter van het adagium

Iura novit curia is dus, net als de zogenaamde *fact doctrine*, een fictie, zowel in het geval de rechter eigen recht als wanneer hij buitenlands recht moet toepassen.[174] Het fictieve karakter van dit adagium kan echter worden voorgesteld als een glijdende schaal. Naarmate het recht bekender is bij de rechter, zal het fictieve element afnemen; naarmate het minder bekend is, zal het fictieve karakter ervan juist toenemen. Zo beschouwd is *iura novit curia* minder fictief wanneer het om eigen recht gaat, en juist fictiever wanneer het om vreemd recht gaat. Dit geldt voor zowel interne als voor grensoverschrijdende zaken. In een intern geval zal de rechter soms ook met een hem onbekend rechtsgebied te maken krijgen, en genoodzaakt zijn om onderzoek te doen. Het adagium is fictiever naarmate vreemd recht 'exotischer' is, en minder fictief wanneer het vreemde recht qua inhoud of rechtscultuur meer overeenkomsten met het eigen recht vertoont. De vlag van de fictie dekt de lading van de werkelijke rechtskennis dus in meer of mindere mate, afhankelijk van het kennisdomein van de rechter.

Wanneer men in het oog houdt dat er sprake is van een fictie met een dergelijke glijdende schaal, valt het ook niet moeilijk om aan te nemen dat er ook in grensoverschrijdende aangelegenheden met een privaatrechtelijk karakter wel plaats is voor een dergelijk adagium. Ook in rechtsstelsels waar het adagium niet als zodanig wordt erkend, zoals in het Engelse recht, neemt dit niet weg dat het verschil tussen fictie en realiteit wel door een ander concept, *judicial notice*, wordt weergegeven. De idee van *judicial notice* is in zoverre een duidelijker concept dan *iura novit curia*, omdat het zich uitdrukkelijker richt op de kennis die aan de rechter mag worden toegerekend, ongeacht of het hierbij om feiten of om het recht gaat. Het fictieve element is immers minder groot wanneer van een duidelijke en redelijke verantwoordelijkheidstoedeling wordt uitgegaan.

492 Acceptatie onder voorwaarden

Als leidend beginsel kan *iura novit curia* alleen maar onder een bepaalde voorwaarde worden aanvaard. Deze voorwaarde is dat het adagium te allen tijde een opdracht is, niet alleen voor de rechter, maar ook voor de bij het proces betrokken partijen en de staat in het algemeen. Wanneer de rechter wordt geacht om de inhoud van buitenlands recht *ex officio* vast te stellen, behoort hij ook de mogelijkheden te krijgen om die taak waar te maken. Als deze verantwoordelijkheid aan partijen wordt toebedeeld, behoren zij zowel van de mogelijkheden om vreemd recht in te roepen en te bewijzen op de hoogte te zijn en de daarvoor benodigde middelen te kunnen dragen. In alle gevallen speelt de staat, of de gemeenschap van staten, een belangrijke rol. De toegang tot de inhoud van vreemd recht dient te worden verbeterd om zo het fictieve element dat in *iura novit curia* als adagium schuilt, namelijk dat de rechter geacht wordt een recht te kennen dat hij in werkelijkheid niet kent, zo veel mogelijk teniet te doen. Er moeten dus mogelijkheden worden

174 Zo ook Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 86; Brauksiepe, *Anwendung ausländischen Rechts* 1965, p. 34; Kralik, *ZfVR* 1962, p. 75-100, op p. 84.

verkend om het gebrek aan gezaghebbende rechtskennis te verhelpen. Alleen dan kan *iura novit curia* een belangrijke rol in internationale verhoudingen spelen. Die mogelijkheden zullen in Hoofdstuk 8 worden besproken.

Aangezien *iura novit curia* in internationale gevallen een meer normatief of, zo men wil, een meer fictief karakter heeft, betekent dit dat dit gevolgen heeft voor de invulling van dat adagium wanneer vreemd recht in het geding is. Het lijkt daarom, gezien de betrokken praktische problemen die bij de vaststelling en de toepassing van buitenlands recht zijn betrokken, dat *iura novit curia* in internationale gevallen een met *judicial notice* vergelijkbare functie vervult. Men kan de rechter slechts verantwoordelijk houden voor het toe te passen recht wanneer hij dit recht ook kent en, in geval van twijfel, ook het gezag heeft dit recht uit te leggen. Dit veronderstelt dat de informatiepositie van de rechter eerst danig verbeterd moet zijn, voordat verlangd kan worden dat dit adagium ook toepassing zou moeten vinden wanneer het om vreemd recht gaat.

8. *LEX FERENDA:* VERSTERKING VAN DE RECHTSTOEPASSING

493 Regeling van de processuele status?

In het vorige hoofdstuk is besproken wat de overeenkomsten en verschillen zijn tussen de geselecteerde rechtsstelsels, hoe deze verklaard en gewaardeerd kunnen worden, en welke consequenties daaruit volgen voor het beginsel *iura novit curia* voor gevallen van internationaal privaatrecht. De in dat hoofdstuk getrokken conclusie was dat dit beginsel een andere invulling heeft in zuiver interne situaties en daarom slechts een beperkte rol kan spelen voor gevallen waarin buitenlands recht van toepassing is. In dit hoofdstuk zullen op grond van die bevindingen verschillende voorstellen worden besproken om de toepassing van buitenlands recht te versterken. Eerst zal worden gekeken naar de processuele status van het conflictenrecht en van buitenlands recht: is het wenselijk dat deze een eigen regeling op bovenstatelijk vlak krijgt (paragraaf 8.1.)? Maar naast de processuele status als zodanig, is ook regelmatig het voorstel gedaan om de toegang tot de inhoud van buitenlandse recht te faciliteren. Op deze manier zou het proces van harmonisatie en unificatie van het conflictenrecht worden vervolledigd. Dit maakt het noodzakelijk om te bezien welke initatieven in het verleden al zijn ondernomen om deze toegang te verbeteren (paragraaf 8.2). Op basis daarvan zullen enkele tussentijdse conclusies worden getrokken (paragraaf 8.3.).

8.1 *Iura novit curia* en de processuele status van conflicten- en vreemd recht

494 Vraagstelling

Moeten de verwijzingsregels en de daardoor aangewezen regels van buitenlands (privaat)recht ambtshalve worden toegepast? Met andere woorden, is het wenselijk om het adagium *iura novit curia* tot een leidend beginsel van het internationaal

privaatrecht te maken, zoals het Europese Parlement[1] eerder al had voorgesteld? Of moet daarentegen juist van een facultatief conflictenrecht worden uitgegaan, dat slechts op initiatief van de procespartijen toegepast zal worden? Of is het juist helemaal niet nodig om op bovenstatelijk, voornamelijk Europees, vlak een regeling te treffen over de ambtshalve toepassing? En hoe zit het met de andere deelproblemen die zijn besproken, zoals de toepassing in kort geding of in hoogste instantie: vereisen die ook een bijzondere regeling? Deze vragen zullen hierna aan de orde komen.

8.1.1 De taakverdeling bij de rechtstoepassing: ambtshalve optreden of partij-initiatief?

495 Rechtstoepassing als één geheel

Het belangrijkste onderdeel van de problematiek van buitenlands recht betreft de rolverdeling tussen rechter en partijen. Deze vormt immers de basis van het probleem en straalt af op de overige deelproblemen, zoals de rechtstoepassing in kort geding of in hoogste instantie. De sterke verbondenheid tussen de processuele status van de conflictregel en dat van het vreemde recht lenen zich voor een gezamenlijke behandeling in één paragraaf.

8.1.1.1 Rechtstoepassing algemeen

496 Context

Moet de toepassing van zowel de conflictregel als het daardoor aangewezen, vreemde recht ambtshalve geschieden, of is het juist wenselijk om deze materie zoveel mogelijk aan het partij-initiatief over te laten? Aangezien de keuze voor de ene of de andere benadering vooral een initiële keuze is, omdat elk van de onderzochte varianten daarop toch één of meer uitzonderingen heeft aanvaard, is deze keuze mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de bijzonderheden van het betrokken rechtsstelsel. Daarbij zijn twee omstandigheden van belang.

Ten eerste gaat het daarbij om de aard van het procesrechtsstelsel, met inbegrip van de daarbij behorende tradities en procescultuur. Wanneer deze is gebaseerd op het uitgangspunt dat het initiatief en de verantwoordelijkheid voor een goed verloop van de procedure vooral bij de partijen zelf ligt, zal eerder aan een facultatieve variant van conflictenrecht, of zelfs aan de '*fact doctrine*', worden gedacht. Mocht deze echter zijn gebaseerd op het uitgangspunt dat de leiding van het proces zoveel

1 Zie de voorgestelde overweging 30bis van de Aanbeveling voor de tweede lezing bij het Voorstel voor de Rome II-verordening, volgens welke het beginsel *iura novit curia* zou moeten gelden, '[e]venals in de overeenkomst van Rome' (waarmee waarschijnlijk het EVO wordt bedoeld). Zie Aanbeveling voor de tweede lezing betreffende het gemeenschappelijk standpunt, door de Raad vastgesteld met het oog op de aanneming van de verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende het recht dat van toepassing is op niet-contractuele verbintenissen ("ROME II") (9751/7/2006 – C6-0317/2006 – 2003/0168) 22 december 2006, A6-0481/2006, p. 12.

mogelijk in handen van de rechter behoort te liggen, zal eerder gekozen worden voor een ambtshalve toe te passen conflictregel en buitenlands recht. De keuze voor de ene of de andere benadering is vergelijkbaar met de vraag, of de burgerlijke procedure vooral op de *materiële* waarheidsvinding of op de *formele* waarheidsvinding moet zijn gericht.

Een tweede belangrijke omstandigheid betreft de beschikbaarheid van de benodigde informatie en de daarbij behorende infrastructuur. Wanneer deze aanwezig is en de rechter relatief eenvoudig daarvan gebruik kan maken, wordt aan de rechter eerder de taak opgelegd om zelfstandig op te treden. Indien dat niet het geval is, zullen de partijen de rechter op de een of andere manier moeten assisteren bij het nemen van zijn beslissing.

497 Argumenten voor en tegen

Welke argumenten worden voor de keuze voor de ene of de andere optie aangevoerd? De keuze voor een systeem van ambtshalve toepassing lijkt voornamelijk te zijn ingegeven door de wens om de 'internationale beslissingsharmonie' te bevorderen, of vanwege het principe dat buitenlands recht dezelfde behandeling behoort te krijgen als het eigen recht. Men veronderstelt daarbij dat de rechter die onderzoeksmogelijkheden daadwerkelijk heeft, en ze ook beter kan benutten dan (één van) de partijen. Veelal wordt aan de rechter een 'objectievere' houding toegeschreven, zodat de kans op subjectieve beïnvloeding bij de toepassing van een ander recht dan de lex fori tot een minimum beperkt zou zijn. Ook wordt wel gevreesd dat de partijen, wanneer zij tenminste substantiële invloed op de rechtstoepassing zouden hebben, misschien proberen het vreemde recht te ontwijken. En, tot slot, zou naast de 'kwaliteitsgarantie' die aan de ambtshalve toepassing beweerdelijk verbonden is, ook de 'klantvriendelijkheid' voor de rechtszoekende worden gegarandeerd. Deze hoeft dan immers geen kosten te maken om het vreemde recht van toepassing te laten zijn. In het verlengde daarvan wordt tevens een beroep gedaan op de gelijkheid van de procespartijen: die zou beter worden gegarandeerd in een systeem van ambtshalve toepassing, aangezien ook de belangen van de 'zwakkere partij' gewaarborgd worden.

Anders is dit in die stelsels die de voorkeur aan het partij-initiatief geven. Daar heeft de rechter niet altijd de mogelijkheden om uit eigen beweging onderzoek te verrichten. De rechterlijke organisatie kent bijvoorbeeld een minder sterk ontwikkelde ambtelijke ondersteuning. Gecombineerd met de opvatting dat de partijen verantwoordelijk zijn voor hun eigen zaak, gaan zij ervan uit dat de rechter zo lijdelijk mogelijk moet blijven als hij zijn taak immers goed wil vervullen. Vermoed wordt dat met een 'botsing van standpunten' de waarheidsvinding beter wordt gediend. In plaats van uit te gaan van een subjectieve beïnvloeding door de partijen, gaan zij ervan uit dat juist de rechter een subjectieve, door forale uitgangspunten ingegeven, invulling aan vreemd recht kan geven. Daar komt bij dat de toepassing van een ander recht dan het eigen recht vele nadelen kent, die de andere belangen van de procederende partijen – zoals een vlotte afdoening van de zaak, de vereisten van hoor en wederhoor of de kwaliteit van de rechtsbedeling – ernstig kan schaden.

Partijen behoren volgens die opvatting daarvan te kunnen afzien, zeker indien er geen grotere belangen aanwezig zijn dan het individuele partijbelang.

498 Opties

Omdat de keuze voor de ene of de andere benadering dus door de context wordt bepaald, deze benadering in het stelsel zelf aan verschillende uitzonderingen onderhevig is en beide benaderingen zowel voor- als nadelen kennen, is het lastig om tot een algemeen wenselijke regeling van deze materie te komen. Het is daarom wenselijker om de keuze voor een bepaald uitgangspunt in het midden te laten en in plaats daarvan de negatieve gevolgen van een eenmaal gekozen uitgangspunt zoveel mogelijk te mitigeren. Dit kan door een aantal minimumnormen of standaarden te formuleren, aan de hand waarvan de regeling op nationaal niveau kan worden getoetst. Zo'n regeling kan op de volgende vier manieren zijn vormgegeven:

I. de conflictregel en het buitenlandse recht worden beide ambtshalve toegepast (volledige ambtshalve toepassing);
II. de conflictregel wordt ambtshalve toegepast, maar het buitenlandse recht niet (gedeeltelijke ambtshalve toepassing; de 'Spaanse' positie[2]);
III. de conflictregel en het buitenlandse recht worden aan het partij-initiatief overgelaten (volledige partijdispositie; '*fact doctrine*');
IV. de conflictregel wordt aan het partij-initiatief overgelaten, maar het buitenlandse recht wordt ambtshalve toegepast (gedeeltelijke partijdispositie; 'facultatief conflictenrecht').

De opties sub I en II zijn onderling sterk met elkaar zijn verbonden, net als de optie sub III en IV.

8.1.1.2 Conflictregel

499 Ambtshalve toepassing vereist?

Voor de toepassing van de conflictregel zijn er dus twee opties: ofwel men laat de rechter ambtshalve vaststellen welk recht het geval beheerst (optie I en II), ofwel men laat dat over aan de procederende partijen (optie III en IV). Hoe kunnen de scherpe kantjes van de ene of de andere benadering worden weggenomen?

In het geval van de ambtshalve toepassing van de conflictregel, wordt het wenselijk geacht dat de primaire verantwoordelijkheid bij de rechter ligt. Een dergelijke keuze is verdedigbaar, voor zover daarmee wordt beoogd te voorkomen dat de partijen het toepasselijke recht over het hoofd zien, bijvoorbeeld door 'juridische onwetendheid', of dat zij vanwege een gebrek aan middelen een informatietekort hebben en daardoor geen afgewogen beslissing kunnen nemen. Naast deze praktische problemen, wordt ook het argument wel aangedragen dat de conflictregel tot het eigen recht behoort, zodat de problemen die aan buitenlands recht verbonden zijn, zich daarbij niet voordoen. Dit argument is echter aan het

2 Zie Esplugues e.a. 2011, p. 46-47, meer in het bijzonder de bijdrage van Iglesias e.a., p. 355 e.v.

'recht-feit'-onderscheid ontleend en biedt, zoals eerder al is betoogd, geen juist perspectief op de problematiek. Er zijn immers ook in het eigen recht rechtsgronden te vinden die niet ambtshalve worden aangevuld.[3] Bovendien wordt het wenselijk geacht dat de conflictregel en de regel van buitenlands recht, vanwege hun innige verbondenheid, zoveel mogelijk dezelfde processuele status krijgen (opties I en III).[4]

Maar mag een dergelijke benadering ook zover gaan dat de toepassing van het vreemde recht ook tegen de wil van de partijen ingaat? Mag, gezien de overige belangen van de partijen – toegang tot de rechter, een voortvarende behandeling van de zaak, zo laag mogelijke proceskosten, etc. – wel van hen worden verlangd dat zij de ambtshalve toepassing van dat recht desnoods tegen hun wil in moeten ondergaan? Ongeacht de manier waarop de toepassing van buitenlands recht of het onderzoek naar diens inhoud is geregeld, leidt deze toepassing altijd tot aanvullende kosten. Het is daarom verdedigbaar dat de partijen invloed moeten kunnen uitoefenen op de vraag of de toepassing van vreemd recht wel adequaat is, en desnoods van de toepassing daarvan af te zien voor de duur van de procedure.

De keuze van de partijen moet echter wel uitdrukkelijk worden uitgebracht. Vermeende 'stilzwijgende processuele rechtskeuzen' zouden vermeden moeten worden, behalve in het geval waarin de rechter uitdrukkelijk heeft gevraagd of de partijen een keuze willen uitbrengen en zij vervolgens geen duidelijk antwoord hebben gegeven. In dat geval moet hij het toe te passen recht uit eigen beweging bepalen. Een dergelijke '*Abwahl*' kan verschillende vormen aan nemen. Zo kan de 'Hongaarse' benadering worden gevolgd, en aan de partijen de mogelijkheid worden gegeven om af te zien van de toepassing van het aangewezen recht door daartoe een gezamenlijk verzoek aan de rechter te richten.[5] Dit kan als een vorm van 'negatieve partijautonomie' worden gezien. Ook kan worden toegestaan dat over het buitenlands recht processueel beschikt kan worden door deze problematiek buiten de rechtsstrijd te plaatsen. Tot slot kan men via een 'positieve' processuele rechtskeuze de lex fori van toepassing verklaren. Qua effect zullen er tussen deze varianten geen verschillen bestaan; steeds zal de rechter de partijen in de gelegenheid moeten stellen zich over het toepasselijke recht uit te laten.

500 Dispositievrijheid versus rechtskeuzevrijheid

De dispositievrijheid in de hier bedoelde zin moet echter worden onderscheiden van de door de conflictregel toegekende rechtskeuzevrijheid. De verschillen zijn immers zodanig groot, dat een gelijkstelling niet zonder meer gerechtvaardigd is. Een 'typische' rechtskeuze wordt immers uitgebracht (lang) voordat er een werkelijk

3 Zoals een beroep op verjaring of de vernietigbaarheid van een rechtshandeling.

4 Vgl. ook Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 30.

5 Vgl. ISDC-rapport, Deel I, p. 20; L. Burián & S. Szabó, in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 241. Het gaat daarbij om Sectie 9 van het Hongaarse IPR-decreet (Decreet no. 13 van 1979). Aldus ook Von Overbeck, *RCADI* 1982, p. 57-58, die van mening was dat deze oplossing de negatieve kanten van het facultatief ipr wegnam. Intussen is dit decreet vervangen door een nieuwe Hongaarse IPR-wet (Wet no.XXVIII van 2017). Niet gebleken is dat deze bepaling over de keuze voor de lex fori voor de behandeling van de zaak ook is afgeschaft.

geschil bestaat.[6] Het is logisch dat die mogelijkheid daarom enigszins aan banden wordt gelegd, aangezien de partijen de rechtsgevolgen van zo'n keuze niet altijd kunnen voorzien. Verder kunnen de voorkeuren van partijen wijzigen wanneer het gekozen recht in de loop der tijd wijzigingen heeft ondergaan.[7] Ook beheerst een 'typische' rechtskeuze alle uit de rechtsverhouding voortspruitende rechtsvragen, en zijn deze, in tegenstelling tot de hier voorgestane processuele keuzevrijheid, niet beperkt tot één procedure.[8] Het argument van Von Hein, dat een dergelijke beperking tot één procedure slechts mogelijk is wanneer een partiële of depeçerende rechtskeuze ('*Teilrechtswahl*') is toegestaan, kan daarom ook gemakkelijk weerlegd worden.[9] Dat argument is immers gegrond op conflictenrechtelijke overwegingen, terwijl het juist om de procesrechtelijke context gaat. Bovendien wordt bij depeçage de rechtsverhouding vanuit conflictenrechtelijk oogpunt 'slechts' opgesplitst in verschillende onderdelen (materiële opsplitsing). Een rechtskeuze die vervolgens voor een onderdeel van de rechtsverhouding wordt uitgebracht, blijft gelden voor alle toekomstige gevallen. Dat is een andere situatie dan de hier bedoelde situatie. Met enige fantasie zou men dit misschien een 'opsplitsing in de tijd' of een 'opsplitsing per procedure' kunnen noemen, maar dat valt niettemin te onderscheiden van de gebruikelijke idee van depeçage.

Het gevolg van een dergelijke bijzondere processuele keuzemogelijkheid is dat de conflictenrechtelijke beperkingen die aan de 'typische' rechtskeuze zijn gesteld, zich in beginsel niet voordoen. Voor zover partijen processueel gezien de vrijheid hebben om over hun rechten te beschikken, kunnen zij ook van die vrijheid gebruik maken wanneer het om buitenlands recht gaat.[10] Er lijkt geen goede reden te bedenken waarom zij in een intern geval wel daarover mogen beschikken, zelfs ten aanzien van bepalingen van dwingend recht, terwijl hun die mogelijkheid in een internationaal geval onthouden zou moeten worden.[11] De beschikkingsvrijheid in procedurele zin is een criterium dat beter recht doet aan de processuele context van het geval dan dat van de conflictenrechtelijke partijautonomie. Bovendien is er zo een betere consistentie met overige kwesties, zoals de vaststelling van de feiten, het sluiten van een vaststellingsovereenkomst of het vraagstuk van de arbitraliteit van geschillen.

---

6 Flessner 2012, p. 605, spreekt van een verschil tussen een *ex ante* rechtskeuze en een *ex post* rechtskeuze.

7 Of zelfs ophoudt te bestaan, bijvoorbeeld wanneer een staat in meer staten uiteenvalt. Dit zal het onderzoek naar dat recht bemoeilijken.

8 Zo ook Kieninger, in: *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?* 2013, p. 496-499.

9 Von Hein, in: *MüKo BGB. Band 10*, 'Einleitung IPR', aant. 293.

10 Ook de Minister lijkt in de Memorie van Toelichting bij art. 10:2 BW de processuele dispositievrijheid te koppelen aan de mogelijkheid een processuele rechtskeuze uit te brengen, zie *Kamerstukken II* 2009-10, 33137, nr. 3 (MvT), p. 10 *in fine*, al is het dan in de context van het kort geding.

11 Eenzelfde redering volgt Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 166-167, maar hij komt tot de conclusie dat art. 10:2 BW de rechter niettemin opdraagt om buiten de rechtsstrijd van partijen om de veronderstelde 'rechtskeuze' op diens geldigheid te toetsen. Indien art. 10:2 BW niet bedoeld is om een wijziging ten aanzien de 'oude' situatie onder art. 25 Rv tot stand te brengen, overtuigt dit niet. Waarom zou een rechtsgrond van conflictenrecht dan wel *extra petita* toegepast mogen worden, maar van materieel (Nederlands) recht niet? Zonder aanvullende rechtvaardigingsgrond kan men tot een dergelijk verschil in uitkomst niet komen.

Slechts wanneer deze dispositievrijheid niet aanwezig is, zoals in het geval van de openbare orde in processuele zin, zal daarop een uitzondering gemaakt moeten worden en zullen de conflictregels ambtshalve moeten worden toegepast, tenzij een rechtskeuze mogelijk is. Indien de betrokken conflictregel namelijk in die mogelijkheid voorziet, en een keuze voor de lex fori denkbaar is, zou het geval alsnog volgens het eigen recht beslist kunnen worden. Daartegen bestaat dan vanuit conflictenrechtelijk oogpunt immers geen bezwaar. Ook al heeft de wetgever de betrokken kwestie in interne gevallen van openbare orde geacht, is deze in internationaal oogpunt aan de partijautonomie onderworpen. De wetgever heeft in dat geval andere belangen hoger ingeschat dan het eventuele openbare orde-karakter.[12]

501 Facultatief conflictenrecht wenselijk?

In het geval van een 'facultatief conflictenrecht' ligt de verantwoordelijkheid voor de rechtstoepassing bij de partijen. De achterliggende gedachte is dat de partijen de vrijheid moeten hebben om voor zichzelf uit te maken of zij het noodzakelijk vinden dat hun geschil wordt beoordeeld met inachtneming van het vreemde recht, gezien de kosten, het tijdsverlies en de mogelijk incorrecte toepassing ervan. Partijen hebben recht op een efficiënte afdoening van het geschil. Hoewel zij zich daarmee de negatieve consequenties kunnen besparen die met de toepassing van vreemd recht verbonden zijn, mag een dergelijk mechanisme evenwel de voordelen van die toepassing niet onnodig ondergraven. Wanneer partijen er immers niet van op de hoogte zijn dat vreemd recht het geval zou kunnen beheersen, werkt het facultatieve conflictenrecht juist averechts. Partijautonomie behoort de partijen in staat te stellen om hun rechten te bepalen, maar behoort niet aan hen tegengeworpen te kunnen worden wanneer zij van hun rechten onkundig waren. Zeker in het burgerlijk procesrecht, dat vanwege het vereiste om vertraging zoveel mogelijk te voorkomen, vaak vereist dat de partijen voorbereid ter zitting verschijnen en in een zo vroeg mogelijk stadium aan hun stel- en substantiëringsplicht voldoen, kan het aangewezen zijn dat de rechter de partijen op de hoogte stelt van de in de zaak aanwezige internationale elementen.

Er worden gewoonlijk nog meer nadelen aan het facultatief conflictenrecht toegeschreven. Zo zouden vooral de financieel sterkere partijen daarvan profiteren omdat zij betere middelen hebben om na te gaan of het toe te passen recht voordelig voor hen is. Procespartijen met minder vermogen zouden dergelijke middelen daarentegen niet hebben, of slechts in mindere mate.[13] Dit bezwaar is wel weerlegd met het argument dat partijen of hun raadslieden altijd een beroep op vreemd recht zullen doen als zij ook maar vermoeden dat dit voordelig kan zijn.[14] Desondanks doet dit tegenargument in feite af aan de aard van het facultatief conflictenrecht.

---

12 Verder stelt Flessner dat de rechtsgrondslag van art. 67 VWEU bedoeld is om intra-Europees rechtsverkeer te vergemakkelijken, niet door het te bemoeilijken door een keuze voor de lex fori niet toe te staan. Flessner 2012, p. 600-601

13 Lalive, *RCADI* 1977, p. 174, aangehaald door De Boer, *RCADI* 1996, p. 376.

14 Zoals De Boer, *RCADI* 1996, p. 378-379, die de situatie bespreekt waarin de eiser wel vermogend is, maar de gedaagde niet.

Indien de procederende partijen toch altijd een beroep op vreemd recht zullen doen als zij ook maar het minste vermoeden hebben dat zij daaraan een voordeel zullen ontlenen, welk voordeel heeft het facultatief conflictenrecht dan nog ten opzichte van een systeem van ambtshalve toepassing?

Het nadeel van de financiële ongelijkheid van de procespartijen kan alleen maar worden verholpen wanneer de toegang tot vreemd recht wordt verbeterd, zij het via het verbeteren van de informatievoorziening zelf dan wel via het vergoeden van de kosten daarvan. Ambtshalve toepassing is daarvoor niet strikt noodzakelijk.

502 Afweging: actieve of passieve houding van de rechter?

In beide benaderingen – passieve of actieve houding van de rechter – wordt in meer of mindere mate ruimte gegeven aan de invloed die de partijen op het toe te passen recht kunnen doen gelden. Daartegen kunnen bezwaren van meer principiële aard worden ingebracht. Zo zou de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels ter discussie komen te staan, zou voorts de internationale beslissingsharmonie tekort worden gedaan en zou de door het conflictenrecht geboden bescherming van bepaalde 'zwakkere' partijen worden ondermijnd. De eerste twee bezwaren zijn van een abstractere aard. De principiële gelijkwaardigheid van rechtsstelsels is niet afhankelijk van de procedurele behandeling van het ipr en loopt door een niet-ambtshalve toepassing ook niet noodzakelijkerwijs gevaar. Zij is eerder te beschouwen als een richtlijn die bij het ontwerp en de uitleg van de conflictregel ('Normbildung'[15]) in acht moet worden genomen. Op de processuele status van het conflictenrecht of het vreemde recht oefent zij echter geen invloed uit. Verder kan worden herhaald wat in de voorgaande hoofdstukken al duidelijk is gemaakt, namelijk dat de met de verwijzingsregel beoogde doelstellingen in een zo ver verwijderd verband tot de ambtshalve toepassing staan, dat niet gegarandeerd is dat een dergelijke benadering daaraan kan bijdragen. Zo is het antwoord op de vraag of de ambtshalve toepassing van de conflictregel als zodanig 'eenheid van beslissingen' kan bewerkstelligen, afhankelijk van de interpretatie van het begrip 'internationale beslissingsharmonie'. Wat wordt daarmee bedoeld? Volstaat het dat de rechter alleen maar vaststelt welk recht van toepassing is, of gaat het ook om de uiteindelijke toepassing van het aangewezen (materiële) recht? In het eerste geval kan de beslissingsharmonie wellicht gediend zijn met ambtshalve toepassing. Het betreft dan immers een vrij vormelijke invulling van dat begrip, waarbij de rechter alleen maar hoeft te signaleren welk recht hij van toepassing acht. In het tweede geval, waarbij vooral naar de materiële uitkomst wordt gekeken, zijn andere factoren eveneens belangrijk, zoals het onderzoek naar de inhoud van dat recht. De laatste opvatting lijkt het meest verdedigdbaar; de internationale beslissingsharmonie wordt alleen dan gediend, wanneer een partij materieel gezien hetzelfde resultaat kan verkrijgen als wanneer deze voor het forum legis had geprocedeerd.

Daarentegen legt het bezwaar dat bepaalde beschermde belangen in het conflictenrecht in voldoende mate moeten worden gewaarborgd, meer gewicht in de schaal. Daarbij kan aan de op het beschermingsbeginsel gebaseerde belangen

15 Zie paragraaf 6.2.5.

worden gedacht, zoals van consumenten, werknemers en verzekeringsnemers. Veelal zullen deze beschermende conflictregels parallel lopen met de corresponderende bevoegdheidsbepalingen, zodat er *de facto* van een Gleichlauf sprake is. Indien dat anders is, en het geval door vreemd recht wordt beheerst, kan dit wel een probleem opleveren. In dat geval zal van de rechter een flexibele houding verwacht mogen worden en zal deze met dergelijke conflictregels rekening moeten houden; het staat hem in ieder geval vrij om aan de partijen de vraag naar het toepasselijke recht voor te leggen. Overigens moet niet worden vergeten dat de partijen in dergelijke zaken vaak over de betrokken rechten kunnen beschikken.[16]

Andere belangen zijn die van derden en belangen van publieke aard. Met de belangen van derden wordt ook in ipr-regelingen zelf al rekening gehouden.[17] Daar komt bij dat het gezag van gewijsde van een rechterlijk vonnis slechts werking tussen de procederende partijen heeft.[18] Mochten de belangen van derden alsnog bescherming behoeven, kan het grensoverschrijdende karakter van de zaak voor de rechter extra reden zijn om de kwestie van voeging of vrijwaring aan de orde te stellen, en zo een derde partij zelf in staat te stellen haar belangen te behartigen. Voor zover het om belangen van algemene aard gaat, kan aansluiting worden gezocht bij de disponibiliteit van de betrokken rechten. Voor zover deze rechter niet ter vrije beschikking van de partijen staan, zou een 'Abwahl' of andere vorm van partijautonomie afgewezen kunnen worden.

Tot slot nog de vraag of de beschikkingsvrijheid eenzijdig of door partijen gezamenlijk kan worden uitgeoefend. In geval van een facultatief conflictenrecht lijkt het aannemelijk om een eenzijdige keuze voor de toepasselijkheid van buitenlands recht toe te staan. De lex fori is dan om redenen van procesefficiëntie immers steeds van toepassing, en het zou voor een partij niet te lastig moeten zijn om zich daaraan te onttrekken. In het geval van ambtshalve toepassing kan een uitdrukkelijke keuze beter gezamenlijk worden uitgebracht. De conflictregel heeft immers naar vreemd recht verwezen, en indien de partijen de toepasselijkheid ervan niet wensen, moeten zij daarvan gezamenlijk het voordeel genieten. Bij chicanerend gedrag – de wederpartij doet een beroep op vreemd recht of wil juist niet meewerken aan een gezamenlijke keuze voor de lex fori – met geen ander doel dan de andere partij in haar procesbelang te schaden, kan eventueel het leerstuk van het misbruik van procesbevoegdheid in stelling worden gebracht. De sanctie daarop kan zijn dat de niet-medewerking – of het beroep op het vreemde recht – buiten beschouwing wordt gelaten. Ook kan aan de betrokken partij, wanneer deze vreemd recht toegepast wil zien, een informatielast over de inhoud van vreemd recht worden opgelegd. Wanneer aan die last niet wordt voldaan, komt de rechter weer uit bij een surrogaatrecht, meestal de lex fori.

---

16 Vgl. ook HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-243/08, ECLI:EU:C:2009:350, *Jur.* 2009, p. I-4713 (*Pannon GSM Zrt.*), r.o. 35.

17 Zie bijvoorbeeld art. 9 Haags Huwelijksvermogensverdrag; overweging 51-52 van de preamuble van de Huwelijksvermogensrechtverordening, alsmede art. 22 lid 3, art. 26 lid 3, art. 28 en art. 63 daarvan; art. 3 lid 2 *in fine* Rome I; art. 14 lid 1 *in fine* Rome II.

18 Zie, bijvoorbeeld, art. 236 Rv.

503 Antikiesregel

Afgezien van de invloed die de partijen op de toepassing van het recht kunnen doen gelden, is het een andere vraag of ook de rechter daartoe bevoegd is. Mag deze, bijvoorbeeld in een situatie waarin de betrokken rechtsstelsels hetzelfde materiële resultaat geven, de antikiesregel toepassen? Bij de beantwoording van die vraag dient er rekening mee gehouden te worden dat de toepassing van de antikiesregel oorspronkelijk is bedoeld voor situaties waarin de conflictregel onduidelijk is, en zo de procesefficiëntie beter kan worden gediend. Evengoed kan deze regel toepassing vinden wanneer de conflictregel wel duidelijk is, maar voorkomen moet worden dat onnodig veel tijd en moeite aan het onderzoek naar de betekenis van een ander rechtsstelsel wordt besteed. Aangezien de partijen al de mogelijkheid hebben om invloed op de rechtstoepassing uit te oefenen, lijkt het aan te bevelen dat van een dergelijk mogelijkheid alleen dan gebruik wordt gemaakt, wanneer de partijen geen bezwaar daartegen hebben. Ook is het voor twijfel vatbaar of een dergelijke antikiesregel moet worden toegepast in een geval dat aan de dispositievrijheid van de partijen is onttrokken. Gezien de belangen die met de (processuele) openbare orde zijn gemoeid, is het af te raden om in zo'n geval van de antikiesregel gebruik te maken. Mocht het onderzoek naar vreemd recht om de een of andere reden zonder gevolg blijven, of door tijdsdruk beperkt mogelijk zijn, kan altijd nog de toevlucht tot een surrogaatrecht worden genomen.

504 Conclusie: rechterlijke aanwijzing als plicht

Samenvattend kan worden gesteld dat in plaats van een bepaalde behandeling van de conflictregel voor te schrijven, het meer aangewezen lijkt om de rechter te verplichten de vraag naar het toepasselijke recht aan het begin van de procedure aan de orde te stellen. Ongeacht waar de primaire verantwoordelijkheid wordt gelegd, kunnen partijen zo bewust worden van de mogelijke toepasselijkheid van een ander recht dan de lex fori, en desnoods kunnen zij ervoor kiezen om de weg van de lex causae of van de lex fori te volgen. Dit dient de efficiëntie, omdat partijen zich volledig op de voor hen belangrijke geschilpunten kunnen richten. Om recht van openbare orde te respecteren moet de rechter onder omstandigheden wel ambtshalve optreden, tenzij de conflictregel een rechtskeuze voor de lex fori toestaat. In geval van bepaalde beschermde belangen, heeft de rechter eerst te onderzoeken of er andere mogelijkheden zijn om deze te behartigen; wanneer het daarbij om beschermde partijbelangen gaat, is dit voor hem een extra reden om de betrokken partij op de toepasselijkheid van vreemd recht te attenderen. Zo wordt het proces zo zinvol mogelijk ingericht.

Op deze manier worden de nadelen van beide benaderingen tot een minimum beperkt. Het tegen het facultatieve conflictenrecht aangevoerde bezwaar dat de 'juridische onwetendheid' van de partijen tot de (misschien ongewilde) toepassing van het eigen recht kan leiden, kan worden weerlegd. Immers, de partijen moeten eerst van de mogelijke toepasselijkheid van vreemd recht op de hoogte moeten worden gesteld ('*Hinweispflicht*'). Een dergelijke procedurele inspanningsverplichting kan in appel en in hoogste instantie worden getoetst. De efficiëntie van de

procedure wordt hoe dan ook gediend wanneer de toepasselijkheid van vreemd recht in een vroeg stadium aan de orde wordt gesteld. De verdeling van de stelplicht en de bewijslast worden beide immers door de lex causae worden beheerst, zodat deze in dat opzicht zo spoedig mogelijk bekend moeten zijn, namelijk voordat aan de vaststelling van de voor het materiële recht relevante feiten wordt toegekomen.[19]

Ook wordt het bezwaar weggenomen dat de ambtshalve toepassing van conflictregels en van vreemd recht het grensoverschrijdend procederen onnodig inefficiënter en ineffectiever kan maken. Partijen hebben immers steeds de mogelijkheid van de toepasselijkheid van een ander recht af te zien en in plaats daarvan de zaak volgens de lex fori te laten beoordelen. Zij kunnen dan zelf een afweging maken: vereisen de omstandigheden van de zaak een onderzoek naar de inhoud van het buitenlandse recht, of is de vraag naar het toepasselijke recht maar van ondergeschikt belang?

Het argument dat door sommige aanhangers van het facultatief conflictenrecht wordt gehanteerd, namelijk dat voorkomen moet worden dat de partijen worden 'overvallen' door de toepassing van vreemd recht, terwijl zij uitgingen van de lex fori, is niet overtuigend. Voor zover een dergelijk probleem met een '*Hinweispflicht*' niet al verholpen kan worden, ligt de ware oorzaak ervan ergens anders. Immers, in dat geval voldoet de conflictregel blijkbaar niet aan de verwachtingen en ligt het in de rede om haar weer in overeenstemming met het verwachtingspatroon te brengen. Rechtsverfijning valt dan te prefereren boven het veranderen van de processuele status van conflictegels.[20]

De conclusie is daarom dat de toepassing van de conflictregel zowel ambtshalve als op het initiatief van partijen kan worden toegepast, mits wordt gegarandeerd dat a) de partijen invloed kunnen uitoefenen op de vraag of in deze procedure wordt uitgegaan van vreemd of eigen recht, ongeacht of er conflictenrechtelijk gezien een rechtskeuze mogelijk is; b) zij op de hoogte zijn van deze mogelijkheid en in de gelegenheid worden gesteld om daarvan gebruik te maken, c) dat ingeval van een zwakkere of minder vermogende partij(en) de rechter extra waakzaamheid en flexibiliteit aan de dag legt en garandeert dat beide partijen gelijke kansen hebben, en d) in geval van belangen die de partijbelangen ontstijgen de rechter de mogelijkheid heeft om ambtshalve op te treden, in ieder geval wanneer deze belangen niet op een alternatieve manier voldoende behartigd kunnen worden.

8.1.1.3 Buitenlands recht

505 Achtergrond: processuele status context-gebonden

Ook bij de toepassing van het buitenlandse recht is de keuze voor het al dan niet ambtshalve optreden van de rechter afhankelijk van de, vaak historisch gegroeide, procedurele en organisatorische context. De keuze voor de ene of de andere benadering wordt ingegeven door de in het rechtsstelsel gemaakte afwegingen.

19 Er kan niet vanuit worden gegaan dat op deze regels de antikiesregel gemakkelijk toepassing kan vinden, zoals gesteld door Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 45.

20 Anders: Flessner, *RabelsZ* 1971, p. 578-579.

Deze keuze doet overigens niet af aan het probleem dat inherent met de toepasing van buitenlands recht is verbonden, namelijk dat de rechter van dat recht geen noodzakelijke kennis hoeft te hebben en dat hij daarover ook geen rechtsvormend gezag kan doen gelden. Daarmee zal bij de beoordeling rekening moeten worden gehouden, en zolang in de oplossing van deze twee vraagstukken niet is voorzien, kan bij wege van verlegenheidsoplossing aansluiting worden gezocht bij hetgeen de partijen zelf wensen.

506 Verantwoordelijkheid bij de rechter

Wanneer de verantwoordelijkheid voor de toepassing van buitenlands recht bij de rechter wordt gelegd, gebeurt dat meestal omdat deze beter in staat wordt geacht om de inhoud van vreemd recht op een kostenbewuste en objectieve manier vast te stellen. De aan de ambtshalve toepassing toegekende voordelen doen zich echter niet altijd voor. Eén van de voorwaarden daarvoor is immers dat er een goede informatievoorziening voorhanden moet zijn, die gebruikt kan worden om inlichtingen over het vreemde recht te verkrijgen. Maar soms hebben juist de procespartijen een betere toegang tot deze informatie, en loopt de rechter door eigen onderzoek te doen juist het risico het vreemde recht verkeerd te begrijpen. Het is zelfs mogelijk dat de rechter zich te veel verlaat op het rapport van een door hem benoemde deskundige, met het risico dat mogelijke partijdigheid van de laatste op de rechter kan afstralen. Ook is de plicht van de rechter om zelf het vreemde recht te bestuderen en toe te passen niet zo absoluut als deze lijkt, en wordt, ter verlichting van zijn lasten, van de partijen wel gevergd dat zij hem daarbij assisteren. Sterker nog: de partijen kunnen een procedureel risico lopen wanneer zij geen of onvoldoende informatie overleggen. Verder is het principiële argument dat met de ambtshalve toepassing de internationale beslissingsharmonie beter wordt gediend, niet sterk. Zoals in de vorige subparagraaf al is betoogd, hangt het ervan af hoe dit criterium wordt uitgelegd. Het gebrek aan informatie over vreemd recht en andere problemen worden door de ambtshalve oplossing niet zonder meer verholpen, zodat niet gezegd kan worden dat de internatione beslissingsharmonie daarmee beter is gediend dan bijvoorbeeld in een systeem waarin de partijen de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het buitenlandse recht dragen.

507 Verantwoordelijkheid bij partijen

Indien de verantwoordelijkheid voor de rechtstoepassing juist bij de partijen wordt gelegd, kan dit zijn ingegeven door het adversaire karakter van de procescultuur, volgens welke men een 'botsing tussen standpunten' als het ultieme mechanisme voor de waarheidsvinding beschouwt. Het nadeel daarvan is dat de informatie mogelijk gekleurd kan zijn, omdat zij door de partijen worden aangebracht.[21] Ook zouden partijen hun proceshouding zo op elkaar kunnen afstemmen, dat de facto overeenstemming bestaat over wat de inhoud van het recht is, zelfs wanneer dat niet

21 Zie ook de opvattingen van R.A. Posner, aangehaald in Spigelman, *LQR* 2011, p. 210-212

waarheidsgetrouw is.[22] Verder kan de ongelijkheid tussen de partijen een rol spelen, wanneer de ene partij meer middelen heeft dan de andere, of kan de zin aan beschermende conflictregels worden ontnomen wanneer de 'zwakkere' partij de regels waaraan zij bescherming kan ontlenen moet 'bewijzen'. Daar komt bij dat indien een van de partijen zich op het vreemde recht beroept, zeker als het conflictenrecht van facultatieve aard is (situatie III[23]), de andere partij zich genoodzaakt voelt om ook inlichtingen over het buitenlandse recht te verstrekken. Het vermeende nadeel van de formalistische regel dat zulke inlichtingen alleen via deskundigenberichten kunnen worden verstrekt, valt overigens goed te verklaren. Partijen zijn immers altijd bevoegd om hun zaak in juridisch opzicht te bepleiten, zowel in het geval dat het eigen recht van toepassing is als dat waarin het om buitenlands recht gaat. In dat laatste geval kunnen hun stellingen over het recht echter minder goed worden geverifieerd dan in het eerste geval. Door deskundigenbewijs te vereisen wordt op zijn minst gewaarborgd dat de stellingen van partijen voldoende aanvaardbaar zijn om in het oordeel meegenomen te worden. Dit neemt overigens niet weg dat aan een dergelijk vereiste niet al te streng de hand moet worden gehouden en een flexibele aanpak de voorkeur verdient. Dit wordt versterkt door de omstandigheid, dat wanneer het vreemde recht slechts door deskundigenbewijs kan worden bewezen, er *de facto* een monopolie wordt gecreëerd en zo de 'schaarste' van informatie wordt bevorderd. Dit zal de prijs van deskundige informatie opstuwen, waardoor het nog lastiger is om dit bewijs op een efficiënte wijze te kunnen leveren.

508 Afweging: ambtshalve toepassing of partij-initiatief?

De conclusie is dat beide benaderingen voor- en nadelen kennen. De vraag is of er een meest wenselijke regeling bestaat in het licht van efficiëntie, effectiviteit en een legitieme afweging van de betrokken belangen. In beide situaties kunnen de partijen direct of indirect bijdragen aan de vaststelling van de inhoud van het toe te passen recht. Daar komt bij dat de kwaliteit van de vaststellingen van de rechter niet noodzakelijkerwijze beter zijn indien deze zelfstandig onderzoek naar het vreemde recht doet, vanwege het inherente kennisgebrek dat deze van dat recht heeft. Het lijkt dus wenselijk om te erkennen dat ook de partijen soms aan de rechtstoepassing moeten bijdragen, en dat rekening gehouden moet worden met de daarbij behorende kosten en belangen. Een volledige lijdelijkheid van de rechter is eveneens niet wenselijk en onder omstandigheden moet het voor de rechter mogelijk zijn om ambtshalve op te treden. Dit kan wanneer sprake is van kwesties van openbare orde, of wanneer een van de partijen financieel minder draagkrachtig is. Voor zover ambtshalve onderzoek niet mogelijk is en desondanks de voorkeur moet worden gegeven aan partij-inlichtingen, dienen de partijen voor de gemaakte kosten op zijn minst te worden gecompenseerd. In ieder geval moet de rechter steeds in staat zijn

22 Het is de vraag of dat een probleem is voor zover sprake is van regelend recht. Daarvan hadden de partijen immers ook bij overeenkomst kunnen afwijken, zodat het praktisch gezien hetzelfde resultaat zou zijn bereikt.

23 Zie paragraaf 8.1.1.1.

om al te absurde gevolgtrekkingen uit de gepresenteerde inlichtingen te kunnen onderkennen en deze uit eigen beweging te mogen weigeren. Kortom, het is wenselijk dat door de rechter ambtshalve wordt opgetreden wanneer het moet, en dat hij zich op partij-inlichtingen kan verlaten indien het niet anders kan. Tussen die twee uitersten bestaat een ruime beoordelingsmarge.

509 Assistentie door partijen: gezichtspunten

Wanneer moeten partijen assistentie verlenen bij de vaststelling van de inhoud van het buitenlandse recht? Een stelsel van ambtshalve toepassing is in dat opzicht innerlijk tegenstrijdig, aangezien de partijen onder omstandigheden de rechter te hulp moeten schieten, maar dat evenwel niet is uitgekristalliseerd wanneer dat van hen verwacht kan worden of op wie de informatielast dan ligt. Maar ook in het geval van de *fact doctrine* is het wenselijk wanneer er een duidelijk toetstingskader bestaat. Voor de vraag, hoe de 'informatielasten' tussen partijen verdeeld moeten worden, kan worden aangehaakt bij een interessant voorstel van Schlesinger.[24] Hij heeft een zogenaamde 'multifactor approach' voorgesteld, op grond waarvan de rechter moet beoordelen welk alternatief hij kiest voor het toepasselijke, maar niet-vastgestelde, vreemde recht. Daarbij kan weliswaar de kanttekening worden gemaakt dat Schlesinger zijn voorstel deed in het kader van de Amerikaanse situatie, met inbegrip van de daar vigerende opvattingen over het conflictenrecht (*vested rights* en *local law*), de daar veelal ingevoerde *judicial notice statutes*.[25] In het Amerikaanse ipr waren de twee vigerende alternatieven voor een 'unproved foreign law' dat ofwel de vordering of het verweer werd afgewezen, ofwel het eigen recht van toepassing zou worden.[26] Schlesinger trachtte in die discussie enige duidelijkheid te brengen. Niettemin raken zijn voorstellen aan de essentie van het probleem van buitenlands recht en kunnen zij in dit verband analoog worden toegepast.

Waaruit bestond de door Schlesinger voorgestelde *multifactor approach*? Bij de beoordeling, welke consequenties de rechter verbindt aan het gebrek aan 'bewijs' van de inhoud van buitenlands recht, moet deze een aantal zaken in aanmerking nemen. Daarbij gaat het om:[27]

a. de mate waarin er een sterk publiek belang bij het dispuut tussen de partijen is betrokken;
b. de toegang van partijen tot materiaal over buitenlands recht;
c. of sprake is van forum shopping; en
d. de aard van het toepasselijke, vreemde rechtsstelsel en van het litigieuze geschilpunt.

Deze aspecten zijn volgens Schlesinger te beschouwen als een leidraad ('guideposts') voor de rechter en kunnen in het oordeel van de rechter worden meegewogen.

---

24 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 12-16.
25 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 16-23.
26 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 6-12.
27 Schlesinger, *Cornell L.Rev.* 1973, p. 14-16.

Wanneer deze elementen in onderling verband worden beschouwd, valt het op dat zij allemaal betrekking hebben op de 'oorzaak' van het probleem van buitenlands recht in een civiel geding, namelijk dat er een breuk is ontstaan tussen enerzijds het forum dat is aangezocht om zich over de zaak uit te spreken en anderzijds het toepasselijke recht aan de hand waarvan het geschil moet worden beslecht. Door die 'breuk' spelen de in deze studie al eerder aangehaalde aspecten, namelijk het gebrek aan gezaghebbende rechtskennis en de invloed van de wil van partijen, een belangrijke rol. Met deze 'breuk' in het achterhoofd, kunnen de door Schlesinger genoemde factoren (a t/m b) opnieuw worden geformuleerd en gerangschikt. Dit leidt tot het volgende schema van in aanmerking te nemen factoren:

i. In hoeverre bestaat er een verschil tussen het forum en het toepasselijke recht (punt d)?
ii. In hoeverre kunnen partijen het verschil tussen enerzijds het bevoegde forum en anderzijds het toepasselijke recht verminderen (punt b)?
iii. In hoeverre hebben partijen opzettelijk een discrepantie tussen forum en toepasselijk recht veroorzaakt (punt c)?
iv. in hoeverre hebben partijen beschikkingsvrijheid ingeval het toepasselijke recht en het bevoegde forum uiteenlopen (punt a)?

De factor sub i) houdt in dat wordt gekeken naar het toepasselijke recht zelf: behoort dat tot dezelfde rechtsfamilie? Is het afkomstig uit een staat met dezelfde officiële taal als de forumstaat? Is er misschien sprake van materieelrechtelijke harmonisatie van zowel de lex fori als de lex causae, zoals Europese richtlijnen, op grond waarvan er minder tot geen verschillen bestaan? Wordt de relevante rechtsvraag in beide rechtsstelsels wellicht op dezelfde manier beantwoord (antikies)? Bij een bevestigend antwoord is er wellicht minder reden om partijen verantwoordelijk te maken voor de rechtstoepassing.

De factor sub ii) ziet meer op de partijen. Welke hoedanigheid hebben zij: zijn het consumenten of juist commerciële partijen?[28] Heeft een van hen wellicht een nauwe band met de staat waarvan het recht toepasselijk is, zoals een vestiging, een gewone verblijfplaats, een gebruikelijke plaats van handelen, etc.? Hoe is hun financiële positie? En hebben zij een goed netwerk van buitenlandse juristen? In geval van een bevestigend antwoord, kan het juist aangewezen zijn om de hulp van de partijen in te roepen.

De factor ad iii) ziet meer op de reden waarom vreemd recht van toepassing is. Hebben partijen een exclusieve forumkeuze uitgebracht, waardoor een andere rechter bevoegd is dan die wiens recht toepasselijk is? Hebben zij een rechtskeuze uitgebracht voor een andere staat dan de forumstaat?[29] Heeft de eiser of de verzoeker welbewust een ander forum aangezocht, en zo ja, welk voordeel heeft

28 Zie L.Th.L.G. Pellis, 'Ambtshalve toepassing van recht: Daag de wetgever uit nu het nog kan!', *WPNR* 2003 (6537), p. 449-454, op p. 453, die het over 'professionele partijen' heeft.

29 Zo ook L.Th.L.G. Pellis, 'Ambtshalve toepassing van recht: Daag de wetgever uit nu het nog kan!', *WPNR* 2003 (6537), p. 449-454, op p. 453, en L.Th.L.G. Pellis, 'Een geding, maar dan kort! Bespreking van X.E. Kramer, Het kort geding in internationaal perspectief – Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht – diss. Univer-

deze daarbij gehad? Was er misschien sprake van een exclusieve bevoegdheidsgrond, zodat de zaak niet elders kon worden aangebracht? Wanneer de partijen, of slechts één van hen, enigerlei invloed heeft kunnen uitoefenen op de 'breuk' tussen de bevoegde rechter en het toepasselijke recht, en dus welbewust heeft gekozen voor de toepasselijkheid van een ander recht dan de lex fori, kan aan deze partij wellicht ook het risico van een dergelijke handelswijze worden gelaten. Deze gedachtegang is het Europese ipr niet geheel vreemd, zoals bij consumentenbeschermende bevoegdheids- en conflictregels, die immers alleen voor zogeheten 'passieve' en niet voor 'actieve' consumenten geldt.[30]

Tot slot betreft de factor ad iv) vooral de aard van de betrokken rechten, ofwel het soort rechtsverhouding dat in geschil is. Zijn deze rechten indisponibel, omdat er een algemeen belang mee gemoeid is? Gaat het anderszins om dwingend of aanvullend recht? Zijn er belangen van derden die op spel staan of niet? Hoe minder dwingend deze rechten zijn, des te meer toegegeven kan worden aan partij-invloed.

510 Toepassing schema gezichtspunten

Toegepast op de vraag naar de 'informatielast' van partijen, zouden op grond van deze factoren de volgende afwegingen kunnen worden gemaakt. Wanneer een partij een procedure aanhangig maakt bij een rechter die weliswaar bevoegd is, maar wiens recht niet van toepassing is, terwijl de zaak ook aanhangig gemaakt had kunnen worden bij de rechter wiens recht wel van toepassing is, ligt het in de rede om de eisende of verzoekende partij te verlangen dat deze enigerlei informatie over het toepasselijke recht overlegt. Indien echter sprake was van een forum dat exclusief bevoegd was om van de zaak kennis te nemen, zou van een dergelijke plicht afgezien kunnen worden. Dit is weer anders in het geval van een exclusieve forumkeuze: gedaagde of verweerder heeft dan immers ook zelf bijgedragen aan de situatie. Voor de rechtskeuze gaat een vergelijkbare redenering op: wanneer partijen hebben gekozen voor het recht van een andere staat dan de forumstaat, is het alleszins redelijk van hen te verwachten dat zij hun informatiepositie op peil houden voor het geval een geschil zich voordoet. Het recht om te kiezen brengt in dat geval ook de verantwoordelijkheid mee om de toepassing van dat recht op de efficiëntste wijze te laten verlopen.

Voorts kan de hoedanigheid van partijen een rol spelen. Wanneer de eiser of gedaagde bijvoorbeeld een commerciële partij is die belang heeft bij de toepassing van vreemd recht, en deze jarenlang actief geweest is in de staat waarvan het recht het geval beheerst, is het redelijk om op deze partij een zwaardere 'inlichtingenlast' te leggen. Een goed voorbeeld is de casus van het in Hoofdstuk 1 aangehaalde

---

siteit Leiden, *WPNR* 2002 (6475), p. 132-137, op p. 136-137. Anders: Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 428-429, die meent dat de partijen niet altijd een recht kiezen dat zij kennen, maar soms een vermeend 'neutraal' recht, waarvaan geen van beiden voldoende kennis hoeven te hebben. Het gaat er echter niet om of de partijen dat recht kennen, maar of zij daarvoor, onder omstandigheden althans, de verantwoordelijkheid moeten dragen. Trautmann wijst ook op een tweetal recente IPR-wetten (Bulgarije en Litouwen), die een dergelijke regel zouden inhouden (Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 428).

30 Art. 17 lid 1 Herschikte EEX resp. art. 6, leden 1 en 3, Rome I.

Solvochem-arrest: de Iraakse bank had zich beroepen op een verjaringstermijn naar Iraaks recht. In dat geval is het waarschijnlijk dat de bank betere toegang tot de betreffende informatie heeft dan de rechter dat heeft. Het was dan niet onredelijk om te vereisen dat de Bank haar stellingen zou substantiëren, bijvoorbeeld met overlegging van materiaal waaruit de inhoud van het Iraakse recht zou blijken.[31] Kortom: wanneer partijen, of één hunner, een betere toegang heeft tot de inhoud van vreemd recht, zou dit een reden kunnen zijn op deze partij een zekere inlichtingenlast te leggen.[32] Ook speelt het een rol dat commerciële partijen vaak een voordeel hebben bij internationale transacties, zodat het minder goed valt te begrijpen waarom in het geval dat een dergelijke transactie minder succesvol is en tot een procedure leidt, de staat – en daarmee de gemeenschap – de volledige kosten van de vaststelling van vreemd recht zou moeten dragen. Voor consumenten, bijvoorbeeld, zou een dergelijke verantwoordelijkheid mogelijk een te zware last zijn. Ook zal in dat geval, althans in Europees verband, de factor sub i een rol kunnen spelen. Veel consumentenrecht is immers geharmoniseerd door middel van richtlijnen, zodat de verschillen tussen staten kleiner zullen zijn.

Wanneer echter sprake is van een dermate zwaar belang dat het de beschikkingsvrijheid van partijen ontstijgt, zou een informatielast achterwege kunnen blijven. Het beschermde belang, ongeacht of dit een statelijk of een anderszins algemeen belang betreft, of een individueel belang van een derde partij, brengt dan mede dat partijen niet te veel invloed moeten kunnen uitoefenen op de vaststelling van de inhoud van buitenlands recht. Hierbij kan worden gedacht aan bepaalde voorrangsregels of aan gevallen waarin de (interne of processuele) openbare orde van belang is, zoals in het familierecht. Een en ander zal afhangen van de soort procedure en de betrokken rechtsvraag. Het Unierecht lijkt aan een dergelijke redenering niet in de weg te staan.[33]

Met andere woorden, in gevallen waarin sprake is van een partij met een goede toegang tot vreemd recht, die bij de toepassing van dat recht belang heeft en mede heeft bijgedragen aan het resultaat dat een vreemd recht van toepassing is, in het geval van een rechtsstelsel dat grote verschillen vertoont met de lex fori en rechten betreft die disponibel zijn, zou een informatielast aan deze partij opgelegd kunnen worden, ook als het rechtsstelsel normaliter van de ambtshalve toepassing van

---

31 In *Solvochem* ging het overigens om de stelplicht inzake de verjaringstermijn, en niet zozeer om de inhoud van vreemd recht. Aangezien de Bank in die procedure slechts in zeer algemene bewoordingen een beroep op een verjaringstermijn had gedaan, en verder geen informatie had overgelegd waaruit bleek welke termijn dan bedoeld zou zijn, werd het beroep op verjaring gepasseerd.

32 Aldus ook Mostermans, in: *Voorkeur voor de lex fori* 2004, p. 51.

33 Anders Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 428-429, die meent dat op grond van rechtspraak van het Hof van Justitie EU het onwenselijk is om een partij te verplichten om mee te werken aan de vaststelling van de inhoud van vreemd recht, alleen omdat zij een rechtskeuze hebben uitgebracht. Hij beroept zich daartoe op rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de bewijsnood van een van de partijen in een procedure over de toepassing van Unierecht. Evenwel kan het bewijs van 'feiten' niet op één lijn met de informatievergaring in de huidige zin worden gesteld. Ook valt niet in te zien waarom bijvoorbeeld de Uniewetgever *de lege ferenda* geen andere koers dan het HvJ EU zou kunnen varen.

vreemd recht zou uitgaan. Dit lijkt een redelijke afweging, omdat niet alleen efficiëntie, waaronder tijd – meer in het bijzonder het vereiste van een niet onredelijk vertraagde procedure – en kosten, doorslaggevend zijn, maar ook geen onnodig afbreuk wordt gedaan aan het belang van de 'belaste' partij. Het is tenminste voorzienbaar dat een actieve houding wordt verwacht, en hoogtswaarschijnlijk kan deze partij de kosten ervan het beste dragen. Ook kunnen zo de overheidskosten, die met de ambtshalve toepassing zijn gemoeid, worden aangewend voor die gevallen waarin de partijen om de een of andere reden niet geacht kunnen worden aan de rechtstoepassing bij te dragen en de overheid, in de vorm van de rechter, daarvoor zorg moet dragen.

511 Conclusie

De conclusie is dat de keuze om de vaststelling en toepassing van vreemd recht bij de rechter of bij de partijen te leggen weliswaar contextueel bepaald is, maar dat dit niet wegneemt dat de nadelen zoveel mogelijk tot een minimum moeten worden beperkt. Wel moet in beide gevallen – ambtshalve toepassing of 'bewijs' door de partijen – duidelijk zijn wanneer deze verantwoordelijkheid bij de rechter ligt en wanneer deze bij de partijen ligt. De verantwoordelijkheid kan in ieder geval bij de rechter worden gelegd, wanneer ofwel het publieke belang moet worden ontzien, of wanneer een van de partijen in haar belangen wordt geschaad. In de overige gevallen kan de verantwoordelijkheid voor een correcte rechtstoepassing, indien dat althans wenselijk wordt geacht, bij de partijen worden gelegd.

8.1.1.4 Conclusie

512 Partij-invloed toegestaan, mits geïnformeerd

Al met al kan worden geconcludeerd dat de aard van het conflictenrecht of de karakterisering van buitenlands recht als 'recht' niet vereisen dat de rechter verplicht is om ambtshalve het conflicten- en het vreemde recht toe te passen en desnoods daarnaar onderzoek te doen. De reden om tot een dergelijke ambtshalve plicht in te voeren, is het resultaat van een belangenafweging. In sommige rechtsstelsels heeft die afweging geresulteerd in een plicht tot ambtshalve toepassing, terwijl in andere stelsels juist is gekozen voor het partij-initiatief. Redenen daarvoor kunnen zijn gelegen in de procescultuur en de daarbij behorende tradities van het rechtsstelsel en in de aan- of afwezigheid van een bepaalde infrastructuur voor de toegang tot een vreemd recht. Gezien de moeilijkheden die met de toepassing van vreemd recht te maken hebben, is het begrijpelijk en ook wenselijk dat de partijen, die immers bij de procedure zijn betrokken, de mogelijkheid hebben om van de toepassing van vreemd recht af te zien. Dit kan door het vereiste dat vreemd recht in de *pleadings* moet worden opgenomen, door een systeem van facultatief conflictenrecht, door een processuele rechtskeuze (eventueel in negatieve zin, een '*Abwahl*'), of door aan partijen een processuele dispositievrijheid te verlenen ten aanzien van het conflictenrecht. Vanuit het oogpunt van de bezwaren tegen partij-invloed op de rechtstoepassing, volstaat het om van de rechter te vereisen dat deze eerst duidelijk

maakt of partijen daadwerkelijk de toepassing van het forale recht wensen en hen uitdrukkelijk in de gelegenheid stelt hun visie kenbaar te maken. Op die manier kunnen partijen een goed geïnformeerde keuze maken om de problemen die met het toepassen van vreemd recht gepaard gaan, te voorkomen. Zolang de toegang tot vreemd recht immers niet verbeterd wordt, is het onbillijk om partijen een dergelijk recht te onthouden en hen de lasten te laten dragen van vertraagde procedures, hogere kosten en de kans op een onjuist rechtsoordeel. De taakverdeling tussen de rechter en de partijen is slechts een onderdeel van het probleem.

8.1.2 De vaststelling van internationale elementen

513 In beginsel partijautonomie

Hoewel de processuele status van de feiten die voor de rechtsaanwijzing van belang zijn op zichzelf geen deel uitmaakt van de processuele behandeling van conflicten- en vreemd recht, is het dermate met de toepasselijkheid en, uiteindelijk, de toepassing van vreemd recht verbonden, dat een bespreking van dit probleem niet achterwege kan blijven. [34]

De processuele status van feiten die vanuit conflictenrechtelijk perspectief relevant zijn, is in de meeste gevallen niet duidelijk geregeld. Een uitzondering is Oostenrijk, waar § 2 van het IPR-Gesetz voorschrijft dat de rechter ambtshalve de voor de rechtsaanwijzing noodzakelijke feiten moet vaststellen, tenzij sprake is van een situatie waarin een rechtskeuze mogelijk was en de rechter op grond van het procesrecht moet uitgaan van de waarheid van de stellingen van partijen.[35] In andere rechtsstelsels kent deze kwestie geen uitdrukkelijke regeling.[36] Om die reden kan de benadering die de rechter kiest soms verschillen, waarbij hij in sommige gevallen zelf actie onderneemt om de relevante feiten vast te stellen, maar in andere gevallen de verantwoordelijkheid daarvoor bij (een van) de procespartijen legt. Ook kan worden betoogd dat de behandeling van conflictenrechtelijke elementen afhankelijk moet worden gesteld van de aard van de betrokken rechten, namelijk of deze van openbare orde (in processuele zin) of van een daarmee vergelijkbare aard zijn.[37]

De vraag die daarom aan de orde komt, is of het noodzakelijk of wenselijk is dat voor dergelijke internationale elementen een bijzonder processueel regime bestaat. Een tweede vraag is hoe dat regime zou moeten luiden: moeten rechters worden

---

34 Zie ook de bespreking van dit probleem bij Kieninger, in: *Brauchen wir ein Rom 0-Verordnung?* 2013, p. 483-484; Kieninger, in: *General Principles* 2016, p. 359-360 en p. 366.

35 Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, *BGBl.* Nr. 304/1978. Deze bepaling luidt: 'Die für die Anknüpfung an eine bestimmte Rechtsordnung maßgebenden tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen sind von Amt wegen festzustellen, soweit nicht nach verfahrensrechtlichen Vorschriften in einem der Rechtswahl zugänglichen Rechtsgebiet (§§ 19, 35 Abs. 1) tatsächliches Parteivorbringen für Wahr zu halten sind.'

36 Zo ook Kieninger, in: *General Principles* 2016, p. 359-360.

37 Vgl. De Boer, in: *Offerhauskring* 1987, p. 29-34.

verplicht om de internationale elementen vast te stellen? Hangt dat af van de aard van de betrokken rechten (disponibel of niet)? Moet het altijd aan partijen worden overgelaten? Wat zijn de gevolgen bij niet-vaststelling? Is er een "informatieplicht" van partijen, en hoe wordt deze "last" om inlichtingen te verschaffen over hen verdeeld?

514 Bijzonder processueel regime?

Ter beantwoording van de eerste vraag kan worden verdedigd dat de vaststelling van internationale elementen in een civiele procedure een eigen karakter draagt en een eigen processueel regime vereist. In een interne zaak is het immers eenvoudig: de materieelrechtelijke feiten zijn van belang voor de toepassing van materieel recht. In een grensoverschrijdend geval moet eerst nog een 'tussenstap' worden genomen, en zijn eerst de conflictenrechtelijk relevante feiten nodig om te kunnen bepalen welk rechtsstelsel de regel van materieel recht zal geven. Eerst dan komt men toe aan de relevante materieelrechtelijke feiten. Omdat het conflictenrecht als 'aanwijzingsrecht' ('*règle au service du droit*'[38]) kan worden beschouwd en zelf geen materieel resultaat geeft, hebben de voor de rechtsaanwijzing benodigde feiten een ander karakter.[39] Indien deze feiten niet komen vast te staan, zal immers de band met het vreemde recht niet bepaald kunnen worden en wordt ervan uitgegaan dat de zaak geen internationale aspecten heeft. In dat geval blijft de lex fori van toepassing. In tegenstelling tot de materieelrechtelijk relevante feiten kan de niet-vaststelling niet leiden tot afwijzing van vordering, verzoek of verweer.

Daar komt bij dat de rechter bij de bepaling van de internationale elementen veelal afhankelijk zal zijn van de inlichtingen die de partijen hem verschaffen. Men kan daarbij denken aan de nationaliteit, de gewone verblijfplaats of de ligging van roerende zaken. Zelfs wanneer de rechter ambtshalve onderzoek naar dergelijke feiten zou verrichten, betekent dit dat hij voor zijn informatiepositie veelal zal moeten afgaan op de stellingen en inlichtingen van partijen.[40]

Tot slot verschilt het gevolg van conflictenrechtelijke relevante feiten met die van de materieelrechtelijk relevante feiten in dat opzicht, dat er in het eerste geval geen duidelijk aanwijsbare begunstigde partij valt aan te wijzen. Immers, wanneer een vreemd recht toepasselijk wordt, kunnen beide partijen daardoor begunstigd worden of juist niet. De ene partij kan wellicht een vorderingsrecht aan dat recht ontlenen, maar de andere partij mogelijk weer een verweer. Dit kan niet op voorhand worden bepaald. Dat is het verschil met een materieelrechtelijk relevant feit, dat veelal slechts in het voordeel van een van hen zal zijn, aangezien het een bepaalde vordering of een bepaald verweer of verzoek ondersteunt. In zoverre heeft het internationale element dus een 'objectiever' of 'neutraler' effect.

---

38 Mayer, *RSDIE* 1991, p. 487.

39 Zo ook Mayer, *RSDIE* 1991, p. 486-488, die de conflictregel kenmerkt als een '*règle au service du droit*'; Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 95, en 136-138.

40 Vgl. De Boer, in: *Offerhauskring* 1987, p. 34-37.

515 Verantwoordelijkheidstoedeling

De tweede vraag is aan wie de verantwoordelijkheid voor de vaststelling van internationale elementen moet worden opgedragen: aan de rechter, zij het verplicht of bij wege van discretionaire bevoegdheid, of aan partijen, als te bewijzen feit of andere vorm van informatieverschaffing? Voor een groot deel zal het antwoord op die vraag afhangen van de wijze waarop de rechter met conflictenrecht moet omgaan. Zolang partijen immers zelf het vreemde recht moeten stellen en moeten 'bewijzen', volgt hieruit haast logisch voort dat ook de vaststelling van de internationale elementen voor hun rekening komt. Ingeval deze taak aan de rechter is opgedragen, zijn er verschillende opties. Het lijkt overigens verstandig om deze feiten afhankelijk te stellen van de conflictregel, gezien de innerlijke verbondenheid die daarmee bestaat. Voor zover sprake is van rechten die aan de partijdispositie zijn onttrokken, zal de rechter zelfstandig moeten handelen. In een ander geval is het niet onredelijk om het bewijs van de benodigde internationale elementen aan de partijen op te dragen. Daarbij kan hetzelfde factorenschema worden gehanteerd als in paragraaf 8.1.1.3. is vermeld.

516 Conflictenrecht versus bevoegdheidsrecht

Ook is het de vraag of de voor het conflictenrecht relevante feiten eenzelfde behandeling moeten krijgen als die feiten die voor het beantwoorden van de bevoegdheidsvraag nodig zijn. Hoewel het op het eerst gezicht efficiënt kan lijken om beide soorten een gelijke behandeling te geven, omdat het in beide gevallen om internationale aangelegenheden gaat, moet niet vergeten worden dat de functie van conflicten- en bevoegdheidsregels aanmerkelijk verschilt. In het eerste geval gaat het immers om de vaststelling van de (nauwste) band met een staat, terwijl er in het tweede geval gaat om de rechtsverkeersfunctie die aan de bevoegdheidsregel wordt toegekend.[41] Ondanks deze theoretische verschillen, zijn er praktisch gezien goede argumenten om beide soorten feiten tegelijkertijd te behandelen. De bevoegdheidsvraag en de vraag naar het toepasselijke recht zijn, hoewel in theorie gescheiden, wel met elkaar verweven. In beide gevallen komt het internationale karakter van de zaak aan de orde, en soms is er een regelrecht verband.[42] Het zal de procesefficiëntie ten goede komen wanneer beide vragen in een vroege fase van het geding aan de orde zouden komen.

41 Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/164.

42 Zoals in het geval van art. 7 Erfrechtverordening, op grond waarvan de gerechten van de lidstaat bevoegdheid kunnen ontlenen aan een gemaakte rechtskeuze voor het recht van die staat.

8.1.3 Het onderzoek naar vreemd recht: modaliteiten en kosten

8.1.3.1 Modaliteiten

517 Manieren om de inhoud te achterhalen

Nadat in paragraaf 8.1.1. duidelijk is geworden hoe de taken tussen de rechter en de partijen verdeeld kunnen worden, gaat het in deze paragraaf om de vraag van welke modaliteiten gebruikt kan worden gemaakt om informatie over buitenlands recht te verkrijgen. Daarbij is het van belang op welke manieren het kennisgebrek van de rechter kan worden opgevuld. Hierbij kan worden gedacht aan:[43]
- eigen onderzoek door de rechter;
- assistentie van partijen;
- assistentie van buitenlandse administratieve of diplomatieke autoriteiten;
- assistentie van buitenlandse rechterlijke autoriteiten;
- assistentie van deskundige derden.

De modaliteiten voor het vaststellen van de inhoud van het vreemde recht zijn grotendeels afhankelijk van de vraag naar de verdeling van de verantwoordelijkheden tussen rechter en partijen. Indien de rechter deze verantwoordelijkheid is toebedeeld, zal de nadruk komen te liggen op het eigen onderzoek, de assistentie van buitenlandse autoriteiten en het gebruik van door de rechter benoemde deskundigen. In het geval het juist de procespartijen zijn die voor de juiste toepassing van het aangewezen recht zorg moeten dragen, zal vooral hun eigen onderzoek van belang zijn. Dit kunnen zij doen door simpelweg stellingen over het vreemde recht te betrekken, met overlegging van relevante (primaire) bronnen, maar ook door het gezag van derden te gebruiken, zoals bij juridische adviezen of bij deskundigenbewijs.

518 Flexibiliteit en verantwoording

Om de taak van zowel de rechter als de partijen te verlichten, zullen onnodige formaliteiten vermeden moeten worden. Het is daarom wenselijk om duidelijke regels te stellen over de manieren waarop het gebrek aan deskundigheid – zowel bij de rechter als de partijen – kan worden gecompenseerd om zo de stellingen van de partijen over het recht te kunnen verifiëren. Zo kan van rechters worden verlangd dat zij verantwoording afleggen van de manieren waarop zij hun eigen onderzoek hebben verricht, met opgave van de gebruikte bronnen. Ook kunnen zij in plaats daarvan gebruik maken van externe deskundigen, zoals met behulp van een

43 Zie ook Nishitani 2017, p. 47-58, die eveneens een onderscheid maakt tussen 'administrative cooperation', 'access to legal professionals and experts' en 'judicial cooperation'. Een min of meer vergelijkbare indeling vindt men bij M. Stürner, 'Wie kann der Zugang zu ausländischem Recht in Zivilverfahren verbessert werden?' *ZVglRWiss* 2018, afl 1, p. 1-23, met een onderscheid tussen de 'verbetering van de informatiepositie', 'contact met intermediairen', 'institutionele toegang' en 'institutionele specialisering'.

juridisch advies of een deskundigenbericht. In het laatste geval moeten zij kritisch blijven over de informatie die door de deskundige derde wordt gegeven. Voorkomen moet immers worden dat zij hun oordeel te veel doen steunen op de uiteenzettingen van de expert, vanwege een mogelijke schending van art. 6 EVRM.[44] Wanneer sprake is van minder vermogende procespartijen, zal de rechter zoveel mogelijk de methode moeten kiezen, waarvan de kosten zo min mogelijk ten laste van de betrokken partij(en) komt. Er behoort dan, bijvoorbeeld, de voorkeur te worden gegeven aan een deskundigenbericht dat door een vorm van rechtsbijstand wordt gedekt, dan dat van de partijen om hulp, bijvoorbeeld door het overleggen van legal opinions, wordt gevraagd.

519 Geen volledige vormvrijheid

Aan de andere kant kan, althans in het geval dat juist de partijen de verantwoordelijkheid voor de rechtstoepassing dragen, worden verlangd dat zij dit in een bepaalde vorm doen om subjectieve beïnvloeding van de overgelegde informatie zoveel mogelijk te voorkomen. Het gebruik van deskundigenbewijs kan in dat geval een behulpzaam instrument zijn, net als het gebruik van *legal opinions*. Dergelijke vereisten mogen echter niet te streng zijn, omdat anders het risico bestaat dat de kosten van het verkrijgen van dergelijke informatie te hoog zullen oplopen en er verstarring plaatsvindt. Een bepaalde mate van flexibiliteit is daarom wenselijk, omdat het onderzoek naar de inhoud van het recht immers een eigen karakter heeft, waarvoor de 'gewone' bewijstechnieken niet altijd werken. In beginsel zal het aanhalen en overleggen van primaire bronnen dan ook voldoende moeten zijn om stellingen over het toe te passen recht te ondersteunen, voor zover met zekerheid kan worden bepaald dat die bronnen authentiek zijn of op zijn minst gezaghebbende vertalingen zijn. Wanneer dergelijke bronnen beperkt of niet voorhanden zijn, en er niettemin zodanige belangen op het spel staan dat het proces voor de partijen anders zinledig dreigt te worden, zal het moeten volstaan om de partijstellingen als indicatie voor de stand van het vreemde recht te zien, op basis waarvan de rechter desnoods – wanneer hem deze bevoegdheid tenminste is verleend – zelf onderzoek kan doen. In verband met het vereiste van hoor en wederhoor zullen de partijen zich altijd over de verkregen informatie moeten kunnen uitlaten, en op elkaars stellingen moeten kunnen reageren.

520 Overige manieren

Eén van de overige modaliteiten waarop informatie over de inhoud van het toepasselijke recht kan worden verkregen, is gebruikmaking van internationale instrumenten van rechtshulp. Daarbij kan worden gedacht aan de Europese Overeenkomst van 1968. Voor het gebruik van dergelijke modaliteiten is de medewerking van andere staten vereist. Daarop zal in paragrafen 8.2. en 9.1.2. nader worden ingegaan.

---

44 Zie paragraaf 5.2.5.3.

8.1.3.2 Kosten

521 Redelijke verdeling van kosten

Een belangrijke vraag is die naar de kosten van het onderzoek naar vreemd recht. Moeten deze onder omstandigheden door de partijen worden gedragen? Waar ligt de grens tussen enerzijds de kosten die redelijkerwijze van de partijen gevergd kunnen worden indien zij willen procederen (griffierechten, advocaatkosten, kosten van bewijshandelingen, etc.), aangezien deze tot hun procesrisico behoren, en anderzijds de kosten die ten laste van de overheid behoren te komen, omdat deze inherent met de rechtspleging zijn verbonden? Kortom, wat zijn particuliere kosten en wat zijn kosten die redelijkerwijze voor rekening van de overheid horen te blijven? Deze vraag is in zijn algemeenheid lastig te beantwoorden. Ten faveure van de ambtshalve toepassing van zowel conflictenrecht als buitenlands recht kan worden gesteld dat deze kosten door de overheid moeten worden gedragen, omdat vreemd recht als 'recht' moet worden beschouwd en dus geacht kan worden tot het domein van de rechter te behoren. Aan de andere kant is het verdedigbaar te stellen dat de kosten van het onderzoek naar vreemd recht voor rekening van de partijen behoort te komen, omdat deze materie gelijkenis vertoont met het verrichten van bewijshandelingen en simpelweg bij een goede voorbereiding van de zaak horen.[45] Eventueel kan, mocht de laatste opvatting worden aangehangen, de in het gelijk gestelde partij worden gecompenseerd voor deze kosten.

522 Gezichtspuntenschema

In deze studie zal een ander uitgangspunt worden gehanteerd, door te kijken naar het in paragraaf 8.1.1.3. genoemde schema van de '*multifactor approach*'. De achterliggende gedachte is dat de staat de kosten draagt wanneer dat moet, maar de partijen wanneer dat kan. Op deze manier kunnen de overheidsmiddelen worden ingezet voor de gevallen waarin van de rechtszoekenden een dergelijke bijdrage niet kan worden gevergd, omdat hun rechtspositie anders manifest zou worden benadeeld of het proces voor hen zinloos zou worden. Dit zou betekenen dat het procederen voor deze categorie rechtszoekenden meer nadelen dan voordelen oplevert, en zou de meest basale functie van de burgerlijke rechtspleging, de rechtsverschaffing, worden aangetast. Wanneer dus sprake is van een zwakkere partij, zij het een door het ipr 'beschermde' partij of een financieel zwakkere partij, is het wenselijk dat de overheid de kosten voor de vaststelling draagt. Dit kan ofwel door in het geval van ambtshalve toepassing die methode te kiezen waarvan de kosten voor rekening van de staat blijven – zoals eigen onderzoek of een door de rechtsbijstand gedekt deskundigenbericht – ofwel door de kosten van de betrokken partij(en) volledig te vergoeden, bijvoorbeeld door een veroordeling in de proceskosten of buitengerechtelijke kosten. Zo kan worden tegemoetgekomen aan het bezwaar dat vooral rijkere partijen zouden profiteren van de mogelijkheid om in een

45 Vgl. art. 241 Rv en Hof 's-Gravenhage 28 september 2010, *NIPR* 2011/54, r.o. 17.3.

geding inlichtingen over het buitenlandse recht over te leggen.[46] De procedure wordt voor 'armere' of 'zwakkere' partijen in ieder geval niet zinledig.

523 Sommige kosten voor rekening van de partijen

Indien de hoedanigheid van de partijen geen rol van betekenis speelt, omdat het bijvoorbeeld om handelspartners gaat, kunnen de kosten onder omstandigheden voor rekening van de partijen worden gelaten. Ook daarvoor kan aansluiting worden gezocht bij het al genoemde schema. Indien het gaat om een commerciële transactie, is het mogelijk om de partijen de kosten voor de vaststelling te laten dragen. Zij hebben de 'breuk' tussen forum en toepasselijk recht immers welbewust aangebracht door zich in een grensoverschrijdende transactie te begeven, in de hoop dat zij met hun transactie winst zouden behalen. Niet valt in te zien waarom de kosten in het geval van het misgaan zo'n transactie dan niet tevens voor hun rekening zou hoeven komen. Van dergelijke partijen kan worden immers worden verwacht dat zij een kosten-batenanalyse toepassen voordat zij een dergelijke handeling verrichten. Deze afweging wordt versterkt wanneer sprake is van rechten die ter vrije beschikking van de partijen staan en de laatsten tevens een betere toegang hebben tot het betrokken rechtsstelsel (bijvoorbeeld omdat zij daarmee vaak te maken hebben). In andere gevallen, bijvoorbeeld twee natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van beroep of bedrijf, kan de afweging weer anders uitvallen, op grond van de omstandigheden van het geval. Dit zal grotendeels worden bepaald door het procesbeleid van de rechter.

Naast de vraag of de kosten voor rekening van de staat of van de rechtszoekenden moeten komen, kan ook de proceskostenveroordeling worden gebruikt om de kosten over de partijen te verdelen. Indien aan beide partijen de last is opgelegd om inlichtingen te verschaffen, of als de rechter gebruik maakt van een deskundigenbericht, kunnen de kosten daarvan eventueel worden gecompenseerd, zodat ieder een deel draagt. In andere gevallen kan worden besloten om slechts één van de partijen in de kosten te veroordelen. Daarbij kan, naast de voornoemde factoren, de proceshouding van de partijen een belangrijke rol spelen, bijvoorbeeld omdat één van de partijen niet heeft meegewerkt aan het gezamenlijke onderzoek.

524 Preprocessuele fase?

Afgezien van het verstrekken van informatie tijdens de procedure, kunnen de kosten ook een rol spelen in de preprocessuele fase, bijvoorbeeld omdat een advies wordt gevraagd voordat met een procedure wordt begonnen. Kunnen dergelijke kosten tot de 'buitengerechtelijke kosten' worden gerekend en op die manier voor vergoeding in aanmerking komen? Met buitengerechtelijke kosten wordt evenwel iets anders bedoeld dan het vragen van advies voor een aan te spannen procedure; de laatste zullen eerder kunnen worden beschouwd als kosten ter voorbereiding van een procedure. Hetzelfde geldt immers voor een vergelijkbaar advies over de kansen in

46 Zie Lalive, *RCADI* 1977, p. 174, aangehaald door De Boer, *RCADI* 1996, p. 376, voor wat betreft het facultatieve conflictenrecht.

een zuiver interne procedure. Daar komt bij dat een dergelijke redenering ook niet zal opgaan voor de toepassing van vreemd recht door niet-gerechtelijke autoriteiten, zoals een notaris die een testament opstelt. Dergelijke kosten zullen immers worden gerekend tot de normale met de handeling verbonden kosten. Anderzijds is het wel wenselijk dat de partijen, ook als zij minder draagkrachtig zijn, vooraf hun rechtspositie kunnen bepalen. Dit geldt niet alleen wanneer de conflictregel facultatief is, maar ook in een systeem van ambtshalve toepassing. Immers, elke partij wil haar rechtspositie zo goed mogelijk voor het voetlicht brengen en zal haar zaak ook vanuit juridisch oogpunt willen toelichten. Deze kosten zullen dan op de een of andere manier vergoed moeten kunnen worden, zij het als buitengerechtelijke kosten, of als deel van de rechtsbijstand of als volledige proceskostenveroordeling. Het is dus wenselijk dat deze kosten, zeker in geval sprake is van een op basis van een toevoeging procederende partij, tot op zekere hoogte gedekt zullen worden. Bovenal is een verbeterde informatievoorziening over buitenlands recht, waar ook de partijen gebruik van kunnen maken, altijd te prefereren.

8.1.4 Niet-vaststelbaarheid van de inhoud van vreemd recht: maatstaf en alternatieven

8.1.4.1 Algemeen

525 Belangenafweging

Bij het antwoord op de vraag wat er moet gebeuren als de inhoud van het toe te passen recht niet vast te stellen blijkt te zijn, is het goed om de daarbij betrokken belangen te onderscheiden. Om te beginnen gaat het daarbij om het belang van het internationaal privaatrecht zelf, namelijk dat het recht wordt toegepast dat door de verwijzingsregels ook als zodanig wordt aangewezen. De verwijzingsregel heeft immers niet voor niets het *in casu* toepasselijke, buitenlandse recht aangewezen, dat dan ook wordt geacht het meest geëigend te zijn om het geval te beheersen. Dat kan zijn op grond van het criterium van de nauwste verbondenheid, maar ook op basis van meer 'materiële' overwegingen, zoals de begunstiging van de alimentatiecrediteur of het bevorderen van de formele geldigheid van testamenten. Kortom: de keuze voor een "surrogaatrecht" moet vanuit conflictenrechtelijk dan wel internationalistisch oogpunt ook een gerechtvaardigde keuze zijn.

Het voorgaande belang hangt nauw samen met het individuele belang van (één van) de procespartijen om geen materiële rechten te verliezen die men op grond van het eigenlijk toepasselijke recht had kunnen uitoefenen. De faciliterende functie van het ipr brengt mee dat de conflictregel de subjectieve rechten van justitiabelen zoveel mogelijk dient te waarborgen.[47] Wanneer er ampele aanwijzingen zijn dat één der partijen naar vreemd recht waarschijnlijk een bepaald recht kon uitoefenen, dat zij mogelijk niet zou hebben bij de toepassing van een "surrogaatrecht" of ander

47 Zie ook Savingy, die stelde dat *vreemdelingen* niet aan rechteloosheid onderworpen moeten worden. Savigny, *System* 1849, p. 25.

alternatief, zou met omstandigheid op de een of andere manier rekening gehouden moeten worden.

526 Overige belangen

Naast de conflictenrechtelijke en materiële ratio van de gekozen oplossing voor het probleem dat het vreemde recht onbekend blijkt te zijn, moet ook met andere belangen rekening worden gehouden. Zo is de procesefficiëntie een niet te veronachtzamen belang. Nadat het rechtsstelsel zich immers heeft opengesteld voor de toepassing van een ander recht dan het eigen recht, en deze opening, ondanks alle moeite, tijd en kosten die daarmee gepaard zijn gegaan, niet heeft geleid tot het gewenste resultaat, doet zich de vraag voor in hoeverre het nog gerechtvaardigd is om weer onderzoek te doen naar de inhoud van een ander buitenlands recht. De kosten in brede zin – niet alleen individuele financiële kosten en tijd, maar ook de systeemkosten – kunnen vereisen dat het conflictenrecht geen herkansing verdient. Er bestaat ook een principieel argument om aansluiting bij het eigen recht te zoeken. Zo zou de lex fori 'haar heerschappij hernemen'[48] wanneer het toepasselijke recht qua inhoud onbekend is gebleven. Volgens Fentiman is '[t]he logic of the situation (…) that English law always governs in English courts unless the conflicts process (including the proof of foreign law) establishes otherwise [voetnoot weggelaten, auteur]'.[49] Als de vaststelling van de inhoud van vreemd recht aldus een 'precondition' is voor het conflictenrechtelijke procedé, is het logisch dat de lex fori als surrogaatrecht wordt gehanteerd.[50] Daar komt bij dat de uitspraak van het EHRM in de *Karalyos*-zaak noopt tot een spoedige afdoening van het geschil, die onder toepassing van de lex fori beter is gegarandeerd.[51]

Verder moet worden gedacht aan de belangen van rechtszekerheid en controleerbaarheid. Bij het eerste gaat het voornamelijk om een *ex ante* inschatting van het te volgen alternatief, mocht het vreemde recht onkenbaar blijken te zijn. De partijen moeten immers weten waaraan zij in dat geval toe zijn. Bij het tweede belang gaat het vooral om de verificatie van het gekozen alternatief *ex post*: heeft het gekozen alternatief, bijvoorbeeld een surrogaatrecht, daadwerkelijk mogen leiden tot de uitkomst in het gegeven geval? Met andere woorden, is een surrogaatrecht juist toegepast, en kan dit worden gecontroleerd? Daarbij kan men denken aan de toetsing in hogere of hoogste instanties. En is het gerechtvaardigd om als alternatief een subsidiair – en dus minder met het geval verbonden – toepasselijk vreemd recht toe te passen, wetende dat ook dat recht in cassatie of Revision niet toetsbaar zal zijn? Of dient de lex fori de voorkeur te krijgen, omdat in dat geval weer cassatie of Revision mogelijk is? Dat cassatie of Revision niet mogelijk is bij het in eerste instantie toepasselijke buitenlands recht, kan immers nog worden gerechtvaardigd

48 Ontleend aan Strikwerda, in zijn conclusie bij HR 9 november 2001, *NJ* 2002/279, m.nt. ThMdB, onder no. 12, overigens ten aanzien van het geval waarin het buitenlands recht wegens strijd met de openbare orde buiten toepassing blijft.

49 Zie Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 184.

50 Zie Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 184.

51 Zo ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 216.

door de openheid voor het recht van andere staten, zoals vereist door het ipr. Wanneer die openheid evenwel tot niets heeft geleid, is het de vraag of de partijen wederom met een rechtsstelsel geconfronteerd mogen worden, dat eveneens niet in hoogste instantie toetsbaar is.

527 Partijautonomie?

Tot slot komt nog de vraag op of de partijautonomie hierin nog een rol zou moeten spelen, zoals tijdens de voorbereiding van Rome II door het Europees Parlement is voorgesteld in art. 11 ter (Amendement 43):[52] '[i]ndien vaststelling van de inhoud van het vreemde recht niet mogelijk blijkt en partijen daarmee instemmen, zal het recht van het aangezochte gerecht worden toegepast'. In hoeverre speelt partijautonomie een rol bij de niet-vaststelling van de inhoud van vreemd recht? Indien aan de partijautonomie al ruimte wordt gegeven, kan dit eveneens in een eerder stadium gebeuren in de vorm van een *Abwahl*. Niet goed valt in te zien waarom de partijen eerst geconfronteerd moeten worden met een falend onderzoek naar de eigenlijke inhoud van het vreemde recht, om vervolgens alsnog te mogen kiezen wanneer het falen daarvan vaststaat. Tenzij anders de rechtszekerheid in het geding komt, zullen er geen overtuigende argumenten aanwezig zijn om de partijautonomie eerst in dit stadium te rechtvaardigen.

528 Derdenbelangen en statelijke belangen

Andere belangen – zoals dat van derden of statelijke belangen – zullen in deze context geen grote rol spelen. Het is mogelijk dat belangen van derden worden benadeeld door de toepassing van een 'surrogaatrecht' of andere oplossing, maar het is de vraag of dat werkelijk nadelig is. Immers, het eigenlijk toepasselijke recht, waaraan zij hun rechten zouden ontlenen, was toch al niet vast komen te staan; in zoverre zou hun rechtspositie niet ingrijpender worden aangetast door een surrogaatrecht of een ander alternatief. Ook statelijke belangen – anders dan de kosten van bijvoorbeeld de rechtspleging – zullen niet door de gekozen oplossing worden benadeeld. Voorrangsregels van derde staten hebben immers hun eigen toepasselijkheidsmechanisme dat losstaat van dat van de klassieke verwijzingsregels. Mochten voorrangsregels zelf niet vast te stellen zijn, lijkt het niet logisch daarvoor een surrogaatrecht te zoeken. Gezien de aard van voorrangsregels zou de conclusie dan moeten zijn dat niet gebleken is van bijzondere bepalingen van dwingend recht die van belang zijn en kan worden overgegaan tot de toepassing van het door de conflictregels aangewezen recht.

8.1.4.2 Maatstaf

529 Afhankelijk van initiële verantwoordelijkheidstoedeling

De maatstaf aan de hand waarvan de ontoegankelijkheid van vreemd recht moet worden vastgesteld, is deels afhankelijk van de vraag aan wie de (primaire) verant-

52 Zie Verslag EP (eerste lezing), A6-0211/2005, p.31-32.

woordelijkheid is toebedeeld om de inhoud van vreemd recht vast te stellen. Indien deze verantwoordelijkheid in handen van de rechter is gelegd, zal de maatstaf meestal inhouden dat hij zoveel mogelijk middelen aanwendt om de inhoud van het vreemde recht te achterhalen. Wanneer de procespartijen de verantwoordelijkheid dragen, zal de maatstaf er waarschijnlijk uit bestaan dat de verschafte informatie overtuigend genoeg is. Maar afgezien van deze verschillen komt het probleem er steeds op neer dat de verkregen informatie moet volstaan om op basis daarvan een vonnis te kunnen uitspreken dat objectief gezien verdedigbaar is tegen redelijke kritiek. De rechter hoeft geen absolute zekerheid te hebben en er kunnen zich inderdaad uitlegvragen of andere toepassingsproblemen voordoen. Desondanks moet de uitleg van het vreemde recht, binnen de kaders van hetgeen de rechter door het onderzoek al bekend is geworden aan rechtsregels en uitlegmethoden, tot een begrijpelijk oordeel kunnen leiden. De rechter mag dus niet te gemakkelijk tot het oordeel komen dat het buitenlandse recht onbekend is gebleken. Hij zal desnoods, binnen de kaders van de hem beschikbare informatie, een beslissing moeten nemen.

530 Relatieve onkenbaarheid

Het belang van een spoedige afdoening van de zaak tegen zo laag mogelijke kosten houdt in dat buitenlands recht ook als ontoegankelijk moet worden beschouwd wanneer de inhoud daarvan niet binnen een bekwame tijd of slechts met hoge kosten kan worden vastgesteld. Deze zogenaamde 'relatieve onkenbaarheid' ('*relative Nichtermittelbarkeit*')[53] behoort ook deel uit te maken van de maatstaf. Het zal afhangen van de specifieke omstandigheden van het geval of aan die maatstaf is voldaan. Wanneer de waarde van de zaak laag is in verhouding tot de kosten van het onderzoek, kan de toepassing van vreemd recht het aangehangig gemaakte geding zinledig maken. Wanneer er tijdens de procedure al veel tijd verloren is gegaan, kan mogelijk worden afgezien van een vertragend onderzoek naar de inhoud van een ander rechtsstelsel. Het zal er daarbij van afhangen wie van de partijen de vertraging heeft veroorzaakt en wie er het meeste belang heeft bij de toepassing van de lex causae. De aard van de betrokken rechten kan zoiets anders maken, bijvoorbeeld wanneer het gaat om aan de partijdispositie onttrokken rechten of om een zwakkere procespartij. Ook in dit verband speelt het factorenschema van paragraaf 8.1.1.3. een rol. Wanneer een partij volgens dat schema immers informatie kon overleggen, maar daarvan desondanks heeft afgezien, kan eerder tot de conclusie worden gekomen dat de inhoud het vreemde recht niet is komen vast te staan.

8.1.4.3 Alternatieven

531 Lex fori als uitgangspunt

De afweging van de verschillende belangen leidt tot de conclusie dat primair moet worden aangesloten bij de *lex fori*.[54] De internationaal-privaatrechtelijke rechtvaar-

53 Kreuzer, *NJW* 1983, p. 1943.

54 Anders: Siehr 2014, p. 171, die een dergelijke benadering te eenvoudig vindt en primair wil aansluiten bij het 'moederrecht'.

digheid is immers al gediend met de openstelling van het rechtsstelsel voor vreemd recht. Dat in het daaropvolgende procedé de inhoud van dat recht helaas niet is komen vast te staan, en het volgen van de conflictenrechtelijke weg dus niet heeft geleid tot het gewenste resultaat, doet daaraan niet af. Tegelijkertijd zijn andere belangen wel ondergeschikt gemaakt aan het conflictenrechtelijke belang, zoals het procesrechtelijke belang bij een voortvarend verlopend proces dat zo min mogelijk extra kosten meebrengt. Het is niet goed te verantwoorden om dit belang nogmaals op te offeren door een nieuw onderzoek naar de inhoud van een niet-foraal rechtsstelsel,[55] zeker niet indien daarmee wederom geen toetsing in hoogste instantie mogelijk is (cassatsie of Revision). Voorts zal de lex fori-benadering voldoen aan het vereiste van voorspelbaarheid. Een redelijke afweging van de betrokken belangen maakt dat in zo'n geval andere belangen de boventoon voeren dan de gepostuleerde openheid voor andere rechtsstelsels.

532 Afwijzing van andere alternatieven

Daar komt bij dat de andere alternatieven niet alleen op proceseconomische gronden, maar ook op principiële gronden minder goed verdedigbaar zijn. Zo voldoet de toepassing van een 'verwant' recht of een 'moederrecht'[56] niet aan het vereiste van voorspelbaarheid, omdat niet duidelijk is op grond waarvan de 'verwantschap' wordt aangenomen. De toepassing van 'algemene rechtsbeginselen' is zeer vaag en het is lastig om uit te maken of de rechter geen 'fantasierecht'[57] aan het toepassen is.

Ook de toepassing van internationaal aanvaarde 'principles' of uniform recht kent geen goede rechtvaardigingsgrond. Zogenaamde 'principles' zijn niet meer dan 'soft law' waarvan de toepassing en interpretatie niet duidelijk hoeft te zijn, en die meestal tot doel hebben om harmonisatie te vergemakkelijken. En tegen de toepassing van uniform recht kan worden aangevoerd, dat niet valt in te zien waarom dat recht enigerlei gezag heeft in een situatie waarin het niet van toepassing is. Dit geldt nog meer wanneer de partijen de toepassing ervan expliciet hebben uitgesloten.[58]

Dit is anders indien zulke 'principles' of zulk eenvormig recht echter binnen een bepaald politiek verband gelden. Zo kunnen in EU-verband kunnen bepaalde 'principles', zoals de Principles of European Contract Law (PECL), als surrogaatrecht dienen. Voorwaarde is wel dat a) deze principles authentiek zijn, en dus door een gezaghebbende instantie zijn opgesteld of goedgekeurd[59] en er b) op Europees vlak een instantie is die de rechtseenheid en ontwikkeling bij de toepassing van dergelijke beginselen kan controleren.

Voor de toepassing van een subsidiair toepasselijk recht lijken eveneens minder overtuigende gronden aanwezig. Om te beginnen bestaat niet elke conflictregel uit een aanknopingsladder, zodat het in die gevallen onduidelijk is wat als 'subsidiair'

55 Aldus ook Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 214-216.
56 Siehr 2014, p. 171 ('Principle No. 6').
57 Term ontleend aan Jessurun d'Oliveira, *Antikiesregel* 1971, p. 107.
58 Bijv. art. 6 Weens Koopverdrag 1980.
59 Vgl. de goedkeuring van de toelichtingen op bijvoorbeeld Europese ipr-verdragen, zoals het EVO.

toepasselijk recht moet worden gezien. Indien de conflictregel wel een aanknopingsladder kent, betekent dit niet dat het ook gerechtvaardigd is daarvan gebruik te maken. Deze subsidiaire aanknoping speelt vaak een rol bij de onmogelijkheid om de feiten vast te stellen die duiden op een bepaald aanknopingspunt. Dit is een andere situatie dan die waarin het aanknopingspunt wel kon worden vastgesteld, maar het toe te passen recht qua inhoud onbekend is gebleven. Weliswaar doet de subsidiaire aanknoping enigszins recht aan de internationaliteit van het geval, maar desondanks toch in mindere mate. De conflictregel heeft dat recht immers niet in eerste instantie aangewezen, zodat de conflictenrechtelijke ratio voor de toepassing van dat alternatieve recht minder sterk is. Bij afweging met andere belangen, zoals de voorspelbaarheid en controleerbaarheid van het surrogaatrecht, verdient dit alternatief dan ook niet de voorkeur.

533 Uitzonderingen

Ook al wordt primair aangesloten bij de lex fori, betekent dit niet dat daarop geen uitzonderingen zouden moeten bestaan. Het is tenslotte mogelijk dat met de toepassing van een surrogaatrecht een van de partijen, of beide, een recht verliest dat haar op grond van het eigenlijk toepasselijke recht wel zou zijn toegekomen, dan wel een plicht wordt opgelegd die zij niet gehad zou hebben. De onverkorte toepassing van de lex fori zou in dat geval tot een onbevredigend resultaat leiden en de zin aan de procedure kunnen ontnemen. Om die reden is het goed om, naar Duits voorbeeld, een uitzondering aan te brengen op de toepassing van het eigen recht. Deze uitzondering kan verschillende vormen aannemen. Zo is het mogelijk dat in plaats van de lex fori aansluiting wordt gezocht bij een van de andere alternatieven, dat rechtsnormen naar 'waarschijnlijkheid' worden toegepast of dat bij de toepassing van de lex fori er een materieelrechtelijke correctie wordt toegepast. De conclusie is dus dat een geclausuleerde toepassing van het eigen recht de voorkeur verdient.

8.1.5 Interpretatie van buitenlands recht

534 Onderscheid

Verwant aan de kwestie dat de inhoud van buitenlands recht niet achterhaald kan worden, is de problematiek van de interpretatie van dat recht wanneer zich bij de toepassing daarvan uitlegproblemen voordoen. Het geval waarin de inhoud en strekking van het vreemde recht niet met zekerheid kan worden vastgesteld, kan onder omstandigheden haast gelijk zijn aan de situatie, waarin er wel primaire bronnen van het vreemde recht zijn komen vast te staan, maar er geen handvatten zijn aan de hand waarvan kan worden bepaald, hoe de in die bronnen opgenomen regels toegepast moeten worden.

Bij het vraagstuk van de interpretatie van buitenlands recht is het nuttig om een onderscheid te maken tussen de verschillende gevallen waarin dat probleem zich kan voordoen. In de Duitse rechtsleer wordt veelal gesproken van het onderscheid tussen de '*deskriptieve Ebene*' en de '*argumentative Ebene*' bij de toepassing van

vreemd recht.[60] De eerste ziet op het geval waarin de rechter de inhoud van het recht moet vaststellen ('eine richtige Beschreibung'), terwijl de tweede ziet op de uitleg van dat recht, waarbij het de vraag is, of wel een juiste beslissing op basis van dat recht wordt gegeven.[61]

Zo is het, in de eenvoudigste situatie, mogelijk dat de regels wel duidelijk zijn, maar is het niet zeker of zij ook betrekking hebben op de vaststaande feiten. In dat (syllogistische) model gaat het veelal om een kwestie van kwalificatie. Ook is het mogelijk dat er meer rechtsregels op dezelfde feiten van toepassing zijn, maar niet duidelijk is hoe deze zich tot elkaar verhouden, of wanneer in een overgangssituatie niet duidelijk is of de feiten moeten worden beoordeeld volgens oud of nieuw recht. Voorts is de kans aanwezig dat de uitleg van de regel zelf niet duidelijk is, omdat het gaat om een open norm of een anderszins voor meerderlei uitleg vatbare rechtsnorm. Tevens kan de situatie zich voordoen dat een bepaalde feitenconstellatie zich nog niet heeft voorgedaan en het vreemde recht daarvoor nog geen oplossing biedt. Tot slot kan het uitlegprobleem erin bestaan dat, ofschoon een bepaalde rechtsregel wel vast is komen te staan met inbegrip van diens uitleg, het de vraag is of die uitleg wel wenselijk is om redenen van rechtspolitieke aard. Deze beide laatste gevallen kunnen als gevallen van 'rechtsvorming' worden aangeduid.[62]

535 Een beperkte bevoegdheid tot interpretatie

Het is de heersende leer in de literatuur dat de rechter bevoegd is om het vreemde recht te interpreteren, op dezelfde voet zoals hij dat bij zijn eigen recht zou mogen. Door sommigen, met name in de Duitse literatuur, wordt betoogd dat de rechter in een voorkomend geval tevens aan rechtsvorming mag doen. Er wordt zelfs aangenomen dat de rechter het toepasselijke recht mag toetsen aan de grondwet, wanneer de vreemde rechter die bevoegdheid eveneens zou hebben.[63] De argumenten voor deze standpunten lijken ontleend aan de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels. Hetgeen de rechter immers ten aanzien van zijn eigen recht mag doen, hoort op dezelfde voet ook te gelden voor het vreemde recht. De rechter probeert zoveel mogelijk in de schoenen van de vreemde rechter te staan.

Deze argumenten lijken echter niet zonder meer houdbaar. Ten eerste kan daartegen worden aangevoerd, dat er geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende gradaties van het uitlegprobleem. Er bestaat een groot verschil tussen het eenvoudigste uitlegprobleem (past een vastgestelde regel van vreemd recht wel bij het feitencomplex?) en het meest gecompliceerde uitlegprobleem (is het wenselijk om bij de interpretatie van de regel een andere rechtspolitieke koers te varen?). De mogelijkheden van rechters zijn beperkter naarmate het uitlegprobleem van aard verschilt. Ten tweede is de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels weliswaar een belangrijk ideaal, maar zegt dit niets over de (praktische) mogelijkheden waar-

60 Zie Jansen & Michaels 2003, p. 8-10; Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 385 en 436.
61 Jansen & Michaels 2003, p. 8-10.
62 Hübner noemt dit 'zukunftsbezogene Fortbildung', zie Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 345-347.
63 Zie paragraaf 4.4.4.

mee nationale rechters worden geconfronteerd wanneer zij vreemd recht moeten uitleggen. Zoals eerder aangegeven, bestaat het probleem van buitenlands recht niet alleen uit een kennisprobleem, maar ook uit een gezagsprobleem. Waar de nationale rechter bij ontbreken van een duidelijke uitleg hij de toepassing van zijn eigen recht nog kan terugvallen op zijn gezag het recht verder te vormen, dat wordt gewaarborgd binnen het stelsel van beschikbare rechtsmiddelen, ontbreekt een dergelijke mogelijkheid in het geval van vreemd recht. Dit betekent dat de rechter niet altijd een uitlegkwestie kan oplossen.

536 In beginsel geen rechtsvorming

Om die reden lijkt het aangewezen om de taak van de rechter bij de uitleg van een vreemd rechtsstelsels te beperken tot kwesties die de uitleg van reeds vastsgestelde normen betreffen, en hem geen of een beperkte taak toe te bedelen wanneer het gaat om rechtsvormingskwesties. Wanneer de rechter, in het meest extreme geval van rechtsvorming, bij de interpretatie van buitenlands recht wil 'omgaan' ten opzichte van de rechtspraak van de vreemde rechter, omdat deze op grond van rechtspolitieke argumenten als onwenselijk wordt gezien, mist hij eenvoudigweg het aan de soevereiniteit ontleende gezag om dat te doen.[64] Een dergelijke bevoegdheid is immers te veel verbonden met de in de staat van oorsprong geldende constitutionele verhoudingen. Indien een dergelijke rechtsvormingsbevoegdheid zou bestaan, zou dit het conflictenrecht om twee redenen juist denatureren. Ten eerste kan de 'rechtsvorming' van de eigen rechter immers worden gezien als een toepassing van de internationale openbare orde-exceptie, op grond waarvan de uitleg van het vreemde recht als onwenselijk wordt gezien en in de plaats daarvan een door het eigen recht gekleurde interpretatie van dat recht wordt gegeven.[65] Ten tweede kan een dergelijke actie van de eigen rechter worden gezien als een toepassing van de *local law*-theorie, op grond waarvan de eigen rechters geen vreemd recht toepassen, maar op vreemd recht gelijkend eigen recht dat speciaal voor het individuele geval is gecreëerd.[66] Niet valt in te zien hoe het argument van de gelijkwaardigheid van rechtsstelsels, dat toch juist een uiting is van de Savigniaanse methode, een dergelijk resultaat kan rechtvaardigen. Uit dat dogma vloeit immers een zeker respect voor rechtsverscheidendheid voort.

Een uitzondering kan nog worden gemaakt voor de andere vorm van rechtsontwikkeling, namelijk de situatie waarin de rechter wordt geconfronteerd met een zaak waarvoor het toepasselijke recht nog geen regeling heeft getroffen. Het kan in dat geval wenselijk zijn om de rechter toch het vreemde recht te laten interpreteren, mits er voldoende handvatten aanwezig zijn aan de hand waarvan een dergelijke

---

64 Anders: Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 347-348, die een beperkte, op het 'Inland' gerichte rechtsontwikkeling en -uitleg wel toe lijkt te staan, mits er geen andersluidende beslissing van de vreemde rechter is. De bevoegdheid van de rechter zou een 'secundaire', aan de bevoegdheid van de vreemde rechter ontleende bevoegdheid zijn.

65 Zo ook Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 348; Krause, *Ausländisches Recht* 1995, p. 95; en, over het gevaar van een voorbarig gebruik van 'Rechtsfortbildung', Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 230.

66 Vgl. Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 26; Zaitay, *IECL* 1972, p. 4.

interpretatie kan worden benaderd. Zeker wanneer in de procedure al veel tijd en kosten gemoeid zijn geweest met het onderzoek naar het buitenlandse recht, het vereiste van een redelijke termijn een spoedige beslissing vergt en, bij voorkeur, ook partijen het daarmee eens zijn, zijn er genoeg redenen voorhanden om zich aan een dergelijke exercitie te wagen. Het uiteindelijke doel van de civiele procedure, en dus de taak van de rechter, is immers om aan partijen zo veel mogelijk de toegang tot het recht te verlenen, ook als daarmee enkele onzekerheden zijn gemoeid.

8.1.6 Bijzondere en spoedeisende procedures

8.1.6.1 Spoedeisende procedures

537 Voortvarendheid versus accessoriteit

De vraag of er een plicht zou moeten bestaan om conflicten- en vreemd recht ambtshalve in een spoedeisende of anderszins verkorte procedure – kort geding, *Eilverfahren*, *summary judgment* – toe te passen, wordt in het algemeen bevestigend beantwoord.

Voor het Nederlandse recht speelt in dit verband ook het vereiste van accessoriteit een belangrijke rol: het kort geding moet zoveel mogelijk aansluiten bij het resultaat dat in een toekomstige bodemprocedure waarschijnlijk zal worden bereikt. Dit is een procesrechtelijke ratio voor de ambtshalve toepassing van conflicten- en buitenlands recht in het kort geding. Als de bodemprocedure immers door vreemd recht wordt beheerst, en het kort geding qua resultaat zoveel mogelijk daarbij moet aansluiten, wordt daaruit de gevolgtrekking gemaakt dat ook in het kort geding het toepasselijke, buitenlandse recht moet worden toegepast om zo veel mogelijk aan het vereiste van accessoriteit te voldoen.

De vraag die evenwel opkomt is of zowel het vereiste van accessoriteit als de ratio van de conflictenrechtelijke verwijzing overtuigend genoeg zijn om de conclusie te rechtvaardigen dat ook in het kort geding het buitenlandse recht op gelijke voet toepassing moet vinden als in een bodemprocedure. Bij de beantwoording van deze vraag is het verstandig om een onderscheid te maken tussen de verschillende functies die een spoedeisende procedure kan vervullen. Aangenomen wordt dat daarbij kan gaan om ofwel een 'zuivere ordemaatregel' ofwel een zaak waarin de meer materiële aspecten worden beslecht.

Met betrekking tot de Nederlandse situatie lijken de argumenten voor het uitgangspunt dat vreemd recht ambtshalve moet worden toegepast, niet overtuigend. Voor zover het gaat om een zogenaamde 'zuivere ordemaatregel' is de toepassing van het vreemde recht niet zo doorslaggevend dat het opweegt tegen de daarbij behorende vertraging, kosten en rechtsonzekerheid die gepaard gaat met de toepassing van een naar 'waarschijnlijkheid' vastgestelde inhoud van vreemd recht. Internationale beslissingsharmonie lijkt niet doorslaggevend te zijn.[67]

---

67 Ook niet gezien de problematische functie van het kort geding onder het EEX en de Herschikte EEX, zie HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95, *NIPR* 1999/77 (*Van Uden/Decoline*).

538 Andere voorzieningen dan een zuivere ordemaatregel

Voor zover het niet om een 'zuivere ordemaatregel' gaat maar om een voorlopige voorziening waarmee ook de beoordeling van het materiële geschil aan de orde komt, lijkt de noodzaak om het toepasselijke recht ambtshalve vast te stellen in sterkere mate aanwezig te zijn. Wanneer er immers materiële aspecten ter beslechting voorliggen, zal, om een materieel juiste beslissing te nemen, het eerder aangewezen zijn om tot de toepassing van buitenlands recht over te gaan dan wanneer er 'slechts' een ordemaatregel in het geding is. Men kan zich evenwel afvragen of het wel gerechtvaardigd is om te verlangen dat de rechter ambtshalve vreemd recht toepast. Weliswaar staat het partijen vrij om een kort geding te verkiezen boven een bodemprocedure, maar betekent dat ook dat een kort geding op precies dezelfde wijze moet verlopen als een bodemprocedure? Kortom, mag de eiser in kort geding wel verwachten dat het proces van rechtstoepassing 'even ambtshalve' geschiedt als in een bodemprocedure? Als men kiest voor een goedkopere en snellere procedure, kan men nu eenmaal verwachten dat de rechtstoepassing op een andere manier gestalte krijgt. Het lijkt dan ook gerechtvaardigd om ofwel van de lex fori uit te gaan en het aan partijen te laten om een bodemprocedure aanhangig kunnen maken als zij menen dat het resultaat met de toepassing van vreemd recht gunstiger is, ofwel aan hen een 'verzwaarde informatieplicht' op te leggen, inhoudende dat degene die meent belang te hebben bij de toepassing van vreemd recht de rechter zoveel mogelijk informatie over dat recht moet verschaffen dat dit zijn vordering steunt. De aard van het kort geding leent zich niet voor al te uitgebreide excursies in een voor de rechter 'exotisch' rechtsstelsel.

539 In beginsel lex fori, tenzij…

Het lijkt daarom ook gerechtvaardigd om de situatie in kort geding spiegelbeeldig te maken aan die in de bodemprocedure: in beginsel de lex fori, tenzij de daarbij belanghebbende partij voldoende informatie overlegt om aan te tonen dat vordering of verweer naar het eigenlijk toepasselijke, vreemde recht zou slagen. Uiteindelijk kan de rechter, wanneer hij zich ofwel niet voldoende geïnformeerd acht of meent dat de onverkorte toepassing van de lex fori tot onbevredigende resultaten zou leiden, een alternatieve – meer praktische – oplossing vinden die recht doet aan zowel de rechten van partijen als de aard van de procedure. Een onverkorte toepassing van art. 10:2 BW in kort geding lijkt daarentegen niet gerechtvaardigd met het oog op de andere bij het geval betrokken belangen (spoedeisendheid van de zaak, het voorlopige karakter van het oordeel, de mogelijkheid van een bodemprocedure). Eventueel nadelige aspecten van de niet-toepassing van vreemd recht kunnen worden ondervangen door andere, meer op de specifieke omstandigheden van het geval toegespitste, oplossingen. Zo kan, in navolging van *Van Uden/Decoline*,[68] worden gewerkt met een zekerheidsstelling voor het geval de toegestane voorlopige maatregel in een bodemgeschil ongedaan zal worden gemaakt.

68 HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95, *NIPR* 1999/77 (*Van Uden/Decoline*).

In Europees verband is het kort geding, waarbij ook de materiële zaken van het geval aan de orde komen en zelfs kan leiden tot een veroordeling tot de betaling van een geldsom – zoals het zogenaamde 'incasso-kort geding' – een wat problematisch instituut. In het kader van de internationale bevoegdheid heeft het Hof van Justitie al geoordeeld dat een kort geding in laatstbedoelde zin – zoals een incasso-kort geding – niet per se als voorlopige maatregel in de zin van art. 35 Herschikte EEX[69] kan worden gezien.[70] Het Hof heeft in dat geval bepaalde voorwaarden gesteld aan het kort geding om onder die bepaling te kunnen vallen. Hoewel dit geval de internationale bevoegdheid betrof met de daarbij behorende ratio's – zoals het tegengaan van een te groot aantal bevoegde fora – neemt dit niet weg dat het concept 'incasso-kort geding' in Europees verband een bijzonder karakter heeft. Het is dan ook lastig voor te stellen dat er op Europees niveau een regeling tot stand gebracht zal worden, waarin de ambtshalve toepassing van conflicten- en vreemd recht in een spoedeisende procedure wordt verordineerd, wanneer een al te inhoudelijke behandeling van de zaak in een dergelijke procedure als niet wenselijk wordt gezien.

8.1.6.2 Verstekprocedures

540 Prima facie beoordeling

De positie van buitenlands recht in een verstekprocedure is minder eenduidig. Volgens het officiële standpunt zal de rechter in het geval van verstek zich een oordeel over de mogelijke ongegrondheid of onrechtmatigheid van de vordering moeten vormen.[71] Wanneer de vordering mogelijk wordt beheerst door vreemd recht, zal dat eigenlijk een onderzoek naar de vereisten van dat recht moeten inhouden. Daarbij speelt het probleem dat hij meestal geen of slechts eenzijdige informatie tot zijn beschikking heeft om dat oordeel grondig te kunnen uitvoeren. Zowel op het niveau van de internationale elementen als op het niveau van de vaststelling van de inhoud van vreemd recht kan hij daarbij niet volledig op (één van) de partijen vertrouwen.

In dat geval hoeft de rechter geen al te diepgaand onderzoek in te stellen naar de inhoud van het mogelijk toepasselijke recht. Wanneer hem voorshands duidelijk is dat de vordering ongegrond of onrechtmatig is naar buitenlands recht, staat het hem vrij dienovereenkomstig te oordelen. Ook zal hij gemakkelijker tot de conclusie mogen komen dat buitenlands recht hem onbekend is gebleven. Eventueel kan hij van de eisende partij verwachten dat zij hem de noodzakelijke informatie geeft. De eiser mag echter niet in een aanmerkelijk nadeliger situatie worden geplaatst, alleen maar omdat de wederpartij niet komt opdagen. De opvatting dat de *Geständnisfiktion* niet opgaat voor rechtsvragen mag juist zijn, maar dat neemt niet weg dat zij wel geldt voor de feiten die wijzen op de toepasselijkheid van dat recht, of voor de materieelrechtelijke feiten die tot een bepaald rechtsgevolg leiden. Het gaat immers

69 Of art. 31 EEX.
70 HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95, *NIPR* 1999/77 (*Van Uden/Decoline*).
71 Dit is anders in het Engelse recht, zie paragraaf 4.4.5.2.

niet alleen maar om de inhoud van het vreemde recht, maar ook om de waardering van de feiten in het licht van dat recht.

8.1.7 Buitenlandse voorrangsregels

541 Bijzondere aard voorrangsregels

De toepassing van buitenlandse voorrangsregels betreft een bijzondere categorie van het probleem van buitenlands recht in de procedure. De moeilijkheid van de toepassing van dergelijke regels is dat het op het eerste gezicht veelal niet duidelijk is om welke regels het gaat. Immers, voorrangsregels vallen in de regel buiten de gewone verwijzingscategorie, bijvoorbeeld in het geval dat een deviezenregeling de uitvoering van een overeenkomst frustreert of een regel van mededingingsrecht aan een licentieovereenkomst in de weg staat.[72] Vaak hebben deze regels dan ook een (semi)publiekrechtelijk karakter.

Van de rechter kan niet worden verwacht dat hij kennis van alle mogelijke buitenlandse voorrangsregels heeft, noch dat hij deze altijd kan opsporen. Het zal voor de rechter lastig zijn om te bepalen of, en zo ja, in welk deel van het vreemde recht bepaalde regels te vinden zijn die als 'voorrangsregels' gezien kunnen worden en het verwijzingsresultaat kunnen doorkruisen. Aan de andere kant is het niet wenselijk om de toepassing van vreemde voorrangsregels volledig aan de partijdispositie te onderwerpen. Het gaat immers vaak om regels van semipubliekrechtelijke aard die een bepaald belang beogen te beschermen, welke regel juist een inbreuk maakt op de tussen partijen bestaande rechtsverhouding. Zolang er geen andere mogelijkheid is om deze publieke belangen op een andere wijze te behartigen, is het dus verdedigbaar om een al te sterke partijinvloed uit te sluiten.

542 Redelijkerwijs te verwachten kennis

Deze overwegingen in aanmerking nemende, lijkt het aangewezen om de rechter alleen dan te verplichten ambtshalve te handelen, voor zover dat redelijkerwijze van hem verlangd kan worden. Dit is het geval wanneer het bestaan en de inhoud van vreemde rechtsregels van bijzonder dwingende aard geacht kan worden bij hem bekend te zijn. Op grond hiervan lijkt het wenselijk om te verwachten dat de rechter ambtshalve onderzoek naar het bestaan en de inhoud van deze regels doet, wanneer er ofwel in het procesdossier aanwijzingen zijn te vinden dat een regel van (semi)publiekrechtelijke aard aan de toepassing van het vreemde recht in de weg kan staan,[73] ofwel er sprake is van regels waarvan het algemeen bekend is dat zij een bepaalde invloed op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen kunnen uitoefenen. Voorbeelden van deze laatste categorie zijn bijvoorbeeld regels van mededingingsrecht of uitvoerbeperkingen. Deze benadering vertoont enige gelijkenis met het leerstuk van de *notoria*. Er bestaat dan ook, zoals voormeld, een bepaalde correlatie

72 Vgl. de casus in HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3079 (*Eco Swiss/Benetton*).

73 Zie de conclusie van A-G Spier, ECLI:NL:PHR:2000:AA5259, bij het arrest *AxA/CW Lease*, punt 3.52 (zie paragraaf 2.3.3.3.); Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 110.

tussen dat leerstuk en de ambtshalve toepassing van vreemd recht.[74] Vooral wanneer sprake is van een kwestie van sociaal-economisch recht, waarmee een staat zijn economie of arbeidsmarkt wil regelen, kan van de rechter worden verwacht dat hij daarvan op de hoogte is. Hetzelfde geldt wanneer het gaat om zwakkere partijen (consumenten, bijvoorbeeld) of regels die bepaalde internationale verhoudingen regelen (internationale sancties, etc.).

543 Procesdossier

Wanneer de rechter in het procesdossier geen aanwijzingen vindt voor het bestaan van een buitenlandse voorrangsregel, en er verder geen algemeen bekende voorrangsregels zijn te vinden, kan de rechter deze kwestie laten voor wat het is. De opdracht van de rechter, namelijk om een aan de (materiële) partijdispositie onttrokken kwestie niet onnodig door partijen te laten beheersen, is dan immers volbracht. Mocht een van de partijen aanleiding zien om een dergelijke regel onderdeel van het partijdebat te maken, staat haar dat vrij om te doen. Indien een voorrangsregel echter samenloop vertoont met een kwestie die (processueel) van openbare orde of een vergelijkbaar dwingend niveau wordt beschouwd, is het de vraag of de rechter zelfstandig de feiten moet vaststellen die tot de toepasselijkheid van zo'n regel leiden. In dat geval bestaat er overigens geen verschil met de situatie die ook van openbare orde is maar waarin geen voorrangsregel van toepassing is.

544 Belangafweging

Volgens de in deze studie voorgestane behandeling van buitenlandse voorrangsregels wordt het belang van de vreemde staat bij handhaving op voldoende wijze behartigd. Om te beginnen betreft de procedure een zaak van partijen. Slechts wanneer met een ander belang, zoals belangen van derden of statelijke dan wel anderszins publieke belangen niet op een voldoende wijze rekening kan worden gehouden, zullen deze een rol mogen spelen. Wanneer staten een dergelijke handhaving of eerbiediging van hun eigen voorrangsregels wensen, zullen zij daartoe ofwel informatie beschikbaar moeten stellen, ofwel anderszins de mogelijkheid moeten bieden voor vreemde rechters om van dergelijke regels kennis te kunnen nemen. Tot het zover is, kan van de rechter slechts een inspanningsverplichting worden verwacht,[75] aangezien hij ook met andere belangen, waaronder niet alleen partijbelangen maar ook het op internationaal vlak gewaarborgde recht op een eerlijk proces en op een uitspraak binnen een redelijke termijn, rekening moeten houden.

---

74 Zie paragraaf 7.2.4. Ook in de 'feit-theorie' hoeft vreemd recht immers niet bewezen te worden wanneer het 'notoir' is, maar kan de rechter daarvan *judicial notice* nemen.

75 Vgl ook De Boer, in: *Hoe vreemd is buitenlands recht?*, 1979, p. 19.

8.1.8 De rechtstoepassing in hogere instanties

545 Algemeen

In de literatuur wordt het gegeven dat de toepassing van vreemd recht door de lagere rechter in hoogste instantie niet of slechts in beperkte mate voor toetsing in aanmerking komt, vaak geproblematiseerd. Een dergelijk gebrek aan cassatie- of Revisionstoetsing zou vreemd recht praktisch gezien immers tot een feitelijke aangelegenheid degraderen. Hoewel aan deze redenering op zichzelf genomen wel wat kan worden afgedaan – het ontbreken van een toetsingsmogelijkheid wil nog niet direct zeggen dat sprake is van een "feit" – is het ook de vraag in hoeverre dat een problematisch gegeven is. Is er sprake van een 'paradox' wanneer van de lagere rechter wel wordt verwacht ambtshalve het vreemde recht toe te passen, maar dit vervolgens in hoogste instantie niet voorwerp van nadere beschouwing kan zijn? Is het daadwerkelijk nodig dat de toepassing van vreemd recht kan worden getoetst? En zo ja, wat is daarvoor dan de rechtvaardiging?

546 Aard van de toetsing en het gezagsprobleem

Toetsing van de toepassing van buitenlands recht in hoogste instantie heeft evenwel een ander karakter dan de toepassing door de feitenrechter. De reden daarvoor is gelegen in de aard van "toetsing". Anders dan bij de toepassing van vreemd recht – waarbij een feitencomplex wordt geschaard onder een vastgestelde regel – gaat het bij toetsing ook om de vraag of de vastgestelde regel wel juist is.[76] Daarvoor is gezaghebbende kennis van het recht nodig, welke kennis wordt vooronderstelt wanneer de hoogste rechter moet toetsen of de rechtstoepassing in lagere instanties wel juist was. Dat is geen probleem wanneer het gaat om het eigen recht, aangezien de hoogste rechter niet alleen geacht wordt dit recht te kennen, maar tevens wordt gezien als bevoegd om dit recht desnoods te vormen en verder te ontwikkelen. Dit is anders bij de toetsing van vreemd recht. Kortom, bij de toepassing van het eigen recht komen zowel de *rechtsbeschermingsfunctie* als de *rechtseenheids-* dan wel *rechtsontwikkelingsfunctie* van de rechtspraak in hoogste instantie aan bod, terwijl er bij de toetsing van vreemd recht slechts de eerste functie relevant is.

547 Rechtsbeschermingsfunctie

Wat betekent een en ander voor de toetsing in hogere of zelfs hoogste instantie? Hoewel verdedigbaar is dat de doelstelling om de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling te garanderen niet relevant is voor het buitenlandse recht, neemt dit niet weg dat er wel recht kan worden gedaan aan de rechtsbeschermingsfunctie van de

76 Vgl., in een andere context, ook Smits, *Artikel 6 EVRM* 2008, p. 152, die stelt dat de lagere rechter uitgaat van 'da mihi facta, dabo tibi ius', terwijl de hoogste rechter zich ook over het recht zelf moet uitlaten.

toetsing in hoogste instantie.[77] Voor zover die functie in het geding is, zou een – op zijn minst marginale – controle van de rechtstoepassing door lagere rechters mogelijk moeten zijn. Weliswaar vindt de toetsing dan niet zozeer plaats op grond van het gezag dat de rechter kan doen gelden over dat recht, maar wel in de navolging van vreemde rechters en met inachtneming van de wijze waarop zij de rechtstoepassing beoordeeld zouden hebben. Ook al is dus sprake van een marginale toetsing, en niet van een 'volle' toets zoals bij het eigen recht het geval is, wordt desalniettemin recht gedaan aan hetgeen redelijkerwijze van de hoogste rechter kan worden verwacht. Een partij loopt in ieder geval geen processueel nadeel op omdat het toepasselijke recht toevalligerwijze niet de lex fori is. De maatstaf zou kunnen zijn dat de hoogste rechter beoordeelt of de lagere rechter in redelijkheid tot diens oordeel heeft kunnen komen, gezien de stand van het recht zoals dat in de vreemde stand geldt. Daarbij kan van de partijen in hoogste instantie wel worden verwacht dat zij hun stellingen onderbouwen, desnoods met juridische adviezen, op dezelfde voet dat zij dat moeten doen wanneer het om het eigen recht gaat. Het is verdedigbaar dat in het geval dat toetsing in cassatie of *Revision* mogelijk wordt gemaakt, van partijen ook een gedetailleerde substantiëringsplicht kan worden verwacht. Meer dan marginale toetsing kan op grond van de gelijke behandeling van eigen en vreemd recht niet worden gevraagd, gezien de inherente verschillen die tussen beide rechtsstelsels bestaan.

548 Vreemd recht in appel

Naast de controle van vreemd recht in hoogste instantie, is het ook wenselijk dat in appel het vreemde recht zoveel mogelijk toegepast en getoetst wordt. De invloed van procesrechtelijke beperkingen, zoals Präklusion of de devolutieve werking, is op zichzelf geen barrière. In beginsel dient de vraag naar het toepasselijke recht in een zo vroeg mogelijk stadium naar voren gebracht moeten worden. In appel zou deze vraag ook opgeworpen kunen worden, maar spelen ook andere overwegingen en rol. Een pas in laatste instantie, en dus tardief, gedaan beroep op vreemd recht in appel zou echter niet moeten worden toegestaan, tenzij ofwel de openbare orde in het geding is, ofwel sprake is van een (financieel) zwakkere partij die geen eerdere mogelijkheid had om dit te doen. Anders zou dit namelijk een sterk vertragende effect op de procedure hebben.

8.1.9 Buitengerechtelijke autoriteiten en voluntaire procedures

549 Niet-gerechtelijke autoriteiten

Wanneer niet-gerechtelijke autoriteiten met vreemd recht worden geconfronteerd, moet worden bedacht dat dergelijke autoriteiten vreemd recht eerder als een handelingsprobleem dan als een kennisprobleem zullen beschouwen. Immers: de niet-gerechtelijke autoriteit wordt met buitenlands recht geconfronteerd bij de

77 Vgl. BGH, *NJW* 1962, 961, r.o. 2(b) ('Rechtsschützbedarfnis'). Zo ook Vermeulen, in: *Wie is de Mol?* 2014, p. 245.

vervulling van diens ambtshandelingen, zoals de inschrijving in de burgerlijke stand van bepaalde documenten of het opmaken van een authentieke akte. Zij hoeven geen uitgebreide motivering van hun onderzoek naar vreemd recht te geven, dit in tegenstelling tot de rechter.[78] Om die reden is het dan ook niet nodig om te vereisen dat niet-gerechtelijke autoriteiten buitenlands recht *ambtshalve* moeten toepassen. Eventueel kan wel worden vereist dat dergelijke ambtsdragers erop wijzen dat buitenlands recht van toepassing kan zijn. Ook is het wenselijk om de aansprakelijkheid van notarissen duidelijk vast te leggen wanneer zij optreden in een geval dat een grensoverschrijdend karakter heeft.

Voor wat betreft de toegang tot de inhoud van buitenlands recht moet verder niet uit het oog worden verloren dat bijvoorbeeld notarissen en ambtenaren van de burgerlijke stand veelal aangesloten zijn bij internationale netwerken van hun buitenlandse collega's. Deze netwerken kunnen een oplossing bieden voor veel van de praktische problemen die worden veroorzaakt door de toepasselijkheid van een buitenlands rechtsstelsel. Het is daarom wenselijk dat dergelijke netwerken in stand worden gehouden en aan notarissen en ambtenaren van de burgerlijke stand een collegiaal platform te bieden, waar zij met hun rechtsvragen terecht kunnen.

550 Voluntaire procedures

Voor voluntaire procedures geldt dat daarvoor in beginsel dezelfde beginselen gelden als voor contentieuze procedures. De rechter heeft daarbij de plicht om zijn vonnis in voldoende mate te motiveren, hoor en wederhoor toe te passen en te waken voor een onredelijke vertraging. Wanneer er al recht van openbare orde bij het geval betrokken is, zal van hem een actievere houding worden verwacht. Hoogstens kunnen de verschillen, die ook in paragraaf 7.3.3. zijn besproken, de taak van de rechter enigzins doen variëren. Dit betekent echter niet dat een bijzondere regeling voor voluntaire procedures wenselijk is.

8.1.10 Arbitrale procedures

551 Aard van het probleem

In arbitrale procedures speelt het beginsel *iura novit curia* geen (grote) rol. Integendeel, het lijkt zelfs verdedigbaar om te stellen dat het stelsel van het arbitragerecht, voornamelijk wanneer men kijkt naar de mogelijkheden die de overheidsrechter heeft om controle uit te oefenen op het arbitrale vonnis (vernietiging en weigering van erkenning), er eerder op ingericht om *iura novit curia* te ontmoedigen. Er bestaat immers een spanningsverhouding tussen enerzijds het 'ambtshalve' (zo men daarvan in arbitrage kan spreken) optreden van arbiters en anderzijds het beginsel van *ne ultra petita* en de vereisten van '*due process*'. Deze laatste beginselen kunnen immers worden getoetst door de overheidsrechter, zoals in het kader van een vernietigingsprocedure of van de erkenning van een buitenlands arbitraal vonnis, terwijl dit voor

78 Alleen in het geval van een weigering is de abs verplicht de redengeving daarvoor schriftelijk vast te leggen. Zie bijv. art. 1:18c lid 3 BW.

de juiste rechtstoepassing niet geldt, tenzij de openbare orde in het geding is. De afweging die daarbij is gemaakt, is dat het onwenselijk werd geacht om een al te inhoudelijke toetsing toe te staan en zo de geldigheid van arbitrale vonnissen gevaar te laten lopen.[79] Voorts hebben de partijen, door een arbitrageovereenkomst te sluiten, dit risico in aanmerking genomen, hetgeen alleen kan in zaken die vanwege hun aard voor arbitrage in aanmerking komen en dus rechten betreft waarover partijen vrijelijk kunnen beschikken.

De vraag is of dit een wenselijke situatie is. Wanneer arbitrale procedures en gerechtelijke procedures op elkaar lijken, is het dan niet logisch om ook de toepassing van het recht in arbitrale geschillen meer te reguleren? Zijn de voordelen die met de toepassing van dit adagium gepaard gaan wel groot genoeg om de nadelen die daarmee samenhangen te ontstijgen? Moet een dergelijk beginsel worden gezien als een plicht of als een (discretionaire) bevoegdheid? En als een dergelijk beginsel een rol behoort te spelen, wat zijn dan de consequenties van een eventuele niet-nakoming? Is dat vernietiging van het vonnis of de weigering van de erkenning van een buitenlands vonnis? Of kan de overheidsrechter die daarover moet oordelen, het arbitrale vonnis wijzigen of de zaak naar het scheidsgerecht terugverwijzen? Hoe verhoudt een eventuele plicht tot 'ambtshalve' toepassen van het recht en het onderzoek naar diens inhoud zich met andere, in het arbitragerecht belangrijke, beginselen? Kortom, wat is de *aard* van een dergelijk beginsel in het arbitragerecht, wat is de *sanctie* bij niet-nakoming en wat is de verhouding tot andere *beginselen*?

Voordat hieraan wordt toegekomen, is het van belang om eerst de aard van het probleem van rechtstoepassing in arbitrage te kenschetsen. In wezen komt het probleem erop neer, dat door de aan partijen gegeven vrijheid om in een bepaald soort zaken de beslechting van hun geschil op te dragen aan een niet-statelijke beslisser, de bezorgdheid aanwezig is dat het arbitraal geding zich in een 'juridisch vacuüm'[80] afspeelt. Dit 'juridisch vacuüm' kan eraan bijdragen dat niet alleen de belangen van de partijen worden benadeeld, doordat de arbiter de juiste inhoud van het toepasselijke recht miskent, maar ook belangen van een meer algemene aard, zoals dwingend recht of de noodzaak van rechtsontwikkeling. In deze laatste categorie valt ook wel het geval van wetsontduiking,[81] als tenminste het aan partijen is om de inhoud van het recht vast te stellen, omdat zij de arbiter onjuist over het recht kunnen inlichten. De kernvraag is dus: heeft het enkele openstellen van arbitrage voor partijen een negatieve invloed op individuele en publieke belangen die met een correcte rechtstoepassing zijn gemoeid en zijn deze belangen van een dergelijke aard, dat daarvoor in arbitrale aangelegenheden het adagium *iura novit curia* geaccepteerd moet worden?

---

79 Zo ook Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht* 2001, p. 143-144.

80 Zie ook Isele, *Int. A.L.R.* 2010, p. 18, die dit voornamelijk gebruikt als argument tegen de 'contractuele' en 'autonome' theorieën over arbitrage. Deze miskennen naar haar mening dat een dergelijk vacuüm niet bestaat en arbitrage is 'ingebed' in het kader van nationale wetgeving.

81 Abdel Wahab 2015, p. 3 en 6.

552 Bestaande voorstellen

Over de wenselijkheid van de plaats van het adagium in de context van arbitrage wordt in de literatuur verschillend gedacht. Sommigen zijn van mening dat de dynamiek van het arbitraal geding zich niet goed verhoudt met een zogenaamde 'strikte' opvatting van *iura novit curia*.[82]

Anderen zijn van mening dat het adagium wel relevant is voor arbitrage.[83] Daarbij wordt verschillend gedacht over de wijze waarop en de mate waarin *iura novit curia* gestalte moet krijgen. Meestal wordt een voor het scheidgerecht dwingend voorgeschreven plicht om uit eigen beweging de inhoud van het toepasselijke recht vast te stellen en toe te passen afgewezen.[84] Niettemin wordt aangenomen dat het primair de verantwoordelijkheid van het scheidsgerecht is om zorg te dragen voor de rechtstoepassing. De argumenten daarvoor zijn verschillend. Zo zouden partijen 'beschermd' moeten worden tegen een onjuiste toepassing van het recht, omdat zij vaak geen mogelijkheid hebben om hoger beroep in te stellen.[85] Ook zou de staat belangen hebben bij de juiste toepassing van het recht, ongeacht of dat het eigen recht of het vreemde recht betreft,[86] waarbij het niet alleen gaat om dwingende rechtsregels, maar ook om het belang van de ontwikkeling van het recht.

Soms worden meer 'hybride' varianten voorgestaan.[87] Zo is er het voorstel gedaan om niet zozeer een plicht, maar wel een bevoegdheid aan het scheidsgerecht toe te kennen. Deze bevoegdheid zou dan door partijen niet contractueel uitgesloten mogen worden ('mandatory authority').[88] In het algemeen wordt aangenomen dat de arbiter een grote discretie heeft om naar eigen inzicht de toepasselijkheid en de inhoud van het recht vast te stellen, mits voldaan wordt aan andere belangrijke beginselen, zoals het recht om gehoord te worden.

---

82 Alberti 2011, p. 26-28; Waincymer 2011, p. 241-242, vooral voor zover het gaat om wat hij de 'most extreme version of *iura*' noemt. Het is daarbij van belang om te onderkennen dat dit argument verband houdt met de interpretatie die soms aan het adagium zelf wordt toegekend. Deze interpretatie correspondeert niet altijd met de in deze studie gehanteerde definitie. Veelal wordt verwezen naar de zes definities die Brooker heeft onderscheiden (D. Brooker, *Va Savoir! [Go figure!] Part one: The adage* jura novit curia *in contemporary France*, te vinden via de link http://law.bepress.com (laatst geraadpleegd op 29 juni 2020, p. 7-49). Zoals in paragraaf 1.5.2. al is aangegeven, zijn die definities niet altijd even zuiver en wordt de problematiek veelal verward met het beginsel van hoor en wederhoor.

83 Voor Zweden en Finland, zie Kurkela 2003, p. 487. Ook Giovannini, in: *Liber Amicorum Bernardo Cremades* 2010, p. 508, is van mening dat 'arbitral tribunals have a duty to conduct their own legal research independently from the parties', en scheidsgerechten een 'reinforced duty' hebben om de rechtsgevolgen van de aangevoerde feiten te onderzoeken. Gematigd positief: Öhlberger & Pinkston 2016, p. 101-117;

84 Anders: Giovannini, in: *Liber Amicorum Bernardo Cremades* 2010, p. 508.

85 Giovannini, in: *Liber Amicorum Bernardo Cremades* 2010, p. 508.

86 Isele, *Int. A.L.R.* 2010, p. 26, wijst erop dat *comity* ertoe kan nopen dat een staat ook belang heeft bij een juiste toepassing van vreemd recht.

87 Lew, in: *Liber Amicorum Lazareff* 2011, p. 416-417.

88 Isele, *Int. A.L.R.* 2010, p. 26.

553 Geen noodzaak voor *iura novit arbiter*

Het is echter niet wenselijk om *iura novit curia* dwingend aan het scheidsgerecht voor te schrijven. Indien de huidige stand van zaken aangepast moet worden, verdient het de voorkeur om om arbiters niet zozeer een plicht maar eerder een bevoegdheid toe te kennen waarvan zij ter vervulling van hun opdracht gebruik kunnen maken.[89] Overigens kan men zich afvragen, zoals hierboven ook is betoogd, of de aanwezigheid van een (discretionaire) bevoegdheid om eenzijdig de wijze te bepalen waarop het toe te passen recht wordt bepaald en de inhoud daarvan wordt vastgesteld niet al inbegrepen is bij de plicht van de arbiter om zijn opdracht te volbrengen. De omstandigheid dat arbitragewetten een duidelijk onderscheid maken tussen de beide beslissingsmaatstaven 'naar regelen des rechts' en 'als goede mannen naar billijkheid', impliceert dat het scheidsgerecht wel enigzins werk moet maken van het toepasselijke recht. Het omvat in ieder geval meer dan het vormen van een enkel billijkheidsoordeel.

Een plicht om de inhoud van het toepasselijke recht uit eigen beweging vast te stellen en toe te passen, heeft in arbitrale aangelegenheden alleen dan zin, wanneer het scheidsgerecht kennis heeft van dat recht.[90] Wanneer dat laatste niet het geval is, vervalt de noodzaak van een strikte, door procesefficiëntie ingegeven, verantwoordelijkheidstoedeling. De overige voordelen die met *iura novit curia* gepaard gaan – de juiste toepassing van materieel recht, de waarborgen van door dwingend recht beschermde belangen, de ontwikkeling van het recht – zijn in arbitrage immers van minder groot belang. Dat neemt niet weg dat in het geval een arbiter wél kennis van het recht heeft, hij de mogelijkheid moet (kunnen) hebben om die kennis aan te wenden en zo een apert onjuiste redenering van partijen te mogen weerleggen. Overigens valt niet in te zien waarom een dergelijke bevoegdheid niet ter vrije beschikking van partijen zal mogen staan, zoals door sommigen betoogd.[91] Een eventuele bevoegdheid van de arbiters om zelfstandig onderzoek naar het recht te doen en dit toe te passen, is immers ingegeven om redenen van rechtszekerheid. Als partijen daarentegen duidelijk overeenkomen dat zij zelf het vreemde recht als een feit wensen te bewijzen, kunnen alleen de voorrangsregels of de openbare orde daaraan in de weg staan. Een extra argument voor die stelling kan worden gevonden in het gegeven dat slechts die zaken arbitrabel zijn die ter vrije bepaling van partijen staan.[92]

---

89 Zo ook Isele, *Int. A.L.R.* 2010, p. 26, die spreekt van een 'mandatory authority', welke '(…) cannot be excluded by way of agreement of the parties.'

90 Of van recht in het algemeen. Arbiters hoeven immers geen jurist te zijn, zie o.a. ook Abdel Wahab 2015, p. 7.

91 Zie Isele, *Int. A.L.R.* 2010, p. 26, die spreekt van een 'mandatory authority', welke '(…) cannot be excluded by way of agreement of the parties.'

92 Zie art. 1020 lid 3 Rv en § 1030 ZPO. Voor Engeland en Wales, zie Karali & Ballantyne, in: *Practitioner's Handbook* 2009, no. 5.51-5.53, waarin s. 1(b), 81(1)(a) en 103(3) Arbitration Act 1996 a contrario in die zin worden uitgelegd.

554 Geen rechtsinhoudelijke toetsing

Mocht aan het scheidsgerecht toch worden opgelegd om het toepasselijke recht uit eigen beweging te onderzoeken en toe te passen, rijst de vraag naar de sanctie op het schenden van die plicht. Het zou dan het wenselijk zijn om het eventuele toezicht door de overheidsrechter, mocht dat al noodzakelijk zijn, te concentreren bij één rechter. Aangezien de plaats van de zetel van het scheidsgerecht veelal bepalend is voor procedurele aangelegenheden (lex arbitri) en ook een vernietigingsprocedure voor de gerechten van de locus arbitri aanhangig kan worden gemaakt, ligt het in de rede om ook de rechtsinhoudelijke controle door rechters van de plaats van arbitrage te laten uitvoeren. Het is daarentegen onwenselijk om de correcte toepassing van het toepasselijke recht als bijzondere categorie te onderwerpen aan het rechterlijk toezicht bij de erkenning van vreemde arbitrale vonnissen.

Toetsing van de rechtstoepassing door de overheidsrechter leidt ook tot een ander probleem. Aangezien arbitrage a-nationaal is en een scheidsgerecht geen 'eigen recht' kent, kan het toepasselijke recht dan ook 'vreemd' zijn voor de overheidsrechter die de juistheid van de toepassing ervan moet toetsen. Daarbij doet zich hetzelfde probleem voor als bij de toetsing in hoogste instantie, zoals cassatie of *Revision*: de rechter kan de juistheid van de toepassing van dat recht maar in beperkte mate toetsen, aangezien hij geen gezaghebbende uitspraken over het betrokken rechtsstelsel kan doen.[93] Om die reden is er veel voor te zeggen om de inhoudelijke controle op de rechtstoepassing, voor zover al wenselijk, te beperken tot het eigen recht van de overheidsrechter, op dezelfde wijze zoals is voorgeschreven door section 69 van de Engelse Arbitration Act 1996. Maar omdat de lex arbitri en het op het materiële geschil toepasselijke recht uiteen kunnen lopen, wordt op deze manier de toetsing door de overheidsrechter beperkt.

Een dergelijke beperking tot het 'eigen' recht roept op haar beurt de vraag op naar de rechtvaardiging voor zo'n toetsing door de overheidsrechter: is deze slechts gebaseerd op de rechtsbescherming, en dan met name de bescherming van de aan partijen toekomende subjectieve rechten, of juist op de bescherming van een belang van algemenere aard, zoals de ontwikkeling en de eenheid van de uitleg van het eigen recht? In het eerste geval voldoet zij slechts in beperkte mate aan haar functie en, zo kan men betogen, wegen de nadelen die samenhangen met een intrinsieke toetsing van het arbitrale vonnis niet op tegen de voordelen van de controle op de rechtstoepassing. In het tweede geval zou de maatstaf van de toetsing dan ook tot dergelijke algemene belangen beperkt moeten zijn.

Overigens heeft de rechtsinhoudelijke controle op het arbitrale vonnis niet noodzakelijkerwijs te maken met het aanvaarden van *iura novit curia* als leidend beginsel. Integendeel: juist het rechtsstelsel waar dit adagium geen deel uitmaakt van het nationale procesrecht, laat daarentegen een *appeal on points of law* van een arbitraal vonnis toe.[94] Deze paradox laat zich maar ten dele verklaren door de bescherming van algemene belangen ('*public interests*'), aangezien dat slechts één

93 Zie ook paragrafen 7.2.1. en 8.1.8.

94 Engeland en Wales, zie hoofdstukken 4 en 6.

van de gronden is om een dergelijk *appeal* toe te staan.[95] De andere grond houdt in dat sprake is van een apert onjuiste toepassing van Engels recht, waarmee niet noodzakelijkerwijs de rechtsontwikkeling in ruime zin wordt beschermd. Dit betekent dat de processuele traditie van 'iura novit curia' en de toetsing door de overheidsrechter niet in een oorzakelijk verband met elkaar staan.

555 Vergewisplicht voor de arbiter

Het lijkt wenselijk om, voor zover er al een plicht voor het scheidsgerecht moet worden aangenomen, dit te beperken tot een procedurele verplichting. Deze verplichting kan erin bestaan dat partijen in een vroeg stadium op de hoogte worden gesteld van feitelijke en rechtsvragen en hun te verzoeken om hun visie daarop kenbaar te maken. Hierbij kan het gaan om de stelplicht en bewijslastverdeling, het toepasselijk recht en de manier om de inhoud van dat recht boven water te krijgen. Een verplichting om aan het begin van de procedure – eventueel tijdens een voorlopige zitting – aan partijen te vragen zich over het toepasselijke recht uit te laten, en hun vervolgens de vraag te stellen hoe en door wie de inhoud ervan vastgesteld moet worden, lijkt in dat opzicht geen al te vergaande eis te zijn. Het gaat hierbij immers om een (eventueel toetsbare) inspanningsverplichting, niet om een resultaatsverplichting.[96] Wanneer de partijen het eens zijn over het toepasselijke recht en de vereiste *Ermittlungsweisen* kan die overeenstemming immers worden gezien als een nadere uitwerking van de opdracht. Wanneer zij het echter oneens met elkaar zijn, mag de arbiter zijn opdracht in die zin ruim interpreteren en binnen de grenzen daarvan de beslissing nemen die hij aangewezen acht. Hem komt dan een grote vrijheid toe om te bepalen welk recht hij van toepassing acht, en of hij de inhoud ervan uit eigen beweging zal opsporen of dat hij dat aan partijen zal overlaten. Een dergelijke vrijheid wordt gerechtvaardigd door een combinatie van enerzijds zijn opdracht, die eruit bestaat het aan hem voorgelegde geschil te beslechten, en anderzijds de door de wetgever oplegde plicht om, in weerwil van een andersluidende keuze van partijen, het geschil te beslechten in overeenstemming met de toepasselijke rechtsregels.

Wanneer een eventuele plicht voor de arbiter wordt beperkt tot een *Hinweispflicht* in bovenstaande zin, heeft dit als bijkomend voordeel dat een minder vergaande (rechts)inhoudelijke toetsing van het arbitrale vonnis vereist is. Er is immers slechts sprake van een procedurele verplichting, zodat gemakkelijk door een overheidsrechter gecontroleerd kan worden of het scheidsgerecht die plicht vervuld heeft. Omdat partijen duidelijk in de gelegenheid worden gesteld om hun visie te geven, wordt tevens recht gedaan aan de vereisten van het recht om gehoord te worden (*due process*). Of de arbiter deze plicht is nagekomen, kan dan ook in een vernietigingsprocedure of een procedure tot weigering van de erkenning aan de orde komen en aan die vernietigings- dan wel weigeringsgrond worden getoetst. Maar niet alleen overwegingen van *due process* kunnen een rol spelen. Ook kan, indien partijen overeenstemming bereiken over de wenselijke *Ermittlungsmethode*, een

95 S. 69 Arbitration Act 1996.

96 Vgl. De Boer, in: *Hoe vreemd is buitenlands recht?*, 1979, p. 19.

arbitraal vonnis wegens schending van de opdracht worden vernietigd wanneer de arbiters van die overeenkomst afwijken. Immers, een dergelijke overeenkomst kan, zoals hierboven al aangegeven, worden opgevat als een nadere invulling van de opdracht. Slechts in het geval sprake is van dwingend recht dat, bij niet-inachtneming daarvan, de geldigheid van het arbitrale vonnis in gevaar kan brengen, zal de arbiter zelfstandig mogen handelen in weerwil van de overeenkomst van de partijen. Aangelegenheden die van openbare orde zijn, zijn immers niet disponibel. Het is de vraag of het enkele niet-nakomen van de plicht om de vraag naar het toepasselijke recht op te werpen ook zou moeten leiden tot vernietigbaarheid.

556 Voordelen

Deze benadering kent verschillende voordelen. Ten eerste wordt op deze manier recht gedaan aan het doel en de functie van arbitrage, namelijk om geschillen op een flexibele wijze te beslechten. De arbiter hoeft het onderwerp slechts aan te snijden. Omdat partijen de vraag naar de rechtstoepassing hoogstwaarschijnlijk niet bij voorbaat hebben geregeld,[97] krijgen zij alsnog de kans zich daarover uit te laten en het daarover eens te worden. Zo niet, dan kan de arbiter zelf de efficiëntste en effectiefste benadering kiezen, binnen het kader van de opdracht en de vereisten van *due process*. Dat hierbij factoren als kosten, de waarde van de zaak en de benodigde tijd een rol spelen, is vanzelfsprekend.[98] Ten tweede wordt de geldigheid van het arbitrale vonnis niet in gevaar gebracht door een dergelijke plicht. Immers, de overige belangrijke beginselen van het arbitraal geding, zoals een eerlijke behandeling van de zaak (*due process*), de openbare orde en de partijautonomie, blijven gewaarborgd. Ten derde is de procesefficiëntie gediend, omdat de vraag naar het toepasselijke recht in de beginfase van de procedure aan de orde is gesteld. Dit neemt niet weg dat de arbiter, wanneer deze in een latere fase vragen heeft over de door partijen overgelegde inlichtingen of in het kader van zijn eigen onderzoek op nieuwe rechtsvragen stuit, de partijen in de gelegenheid moet stellen om zich daarover uit te laten.[99] Ten vierde is er het voordeel dat deze benadering geen wezenlijke afwijking van het huidige juridische raamwerk vereist. Scheidsgerechten en arbitrage-instituten kunnen deze plicht ook grotendeels zelf implementeren en partijen kunnen bij aanvang van het arbitrale geding de toepassing van en het onderzoek naar het toepasselijke recht aan de orde stellen. Ook bij de controle door de overheidsrechter kan worden aangesloten bij de huidige gronden voor de vernietiging of de weigering van de erkenning van arbitrale vonnissen, zoals schending van de opdracht of het niet in acht nemen van hoor en wederhoor. In het verlengde hiervan is het een aanvullend voordeel dat de controle door overheidsrechter geen bijzondere grond voor de rechtstoepassing nodig is, zoals bij section 69 van de Engelse Arbitration Act 1996. Het kunstmatige onderscheid tussen 'eigen' recht en 'buitenlands' recht, welk onderscheid aan arbitrage eigenlijk vreemd is door het ontbreken van de lex fori, is dan ook niet relevant.

---

97 ILA Report 2010, p. 210.

98 Aldus ook, o.a., ILA Report 2010, p. 219-220 (i.hb. Recommendation no. 11).

99 Aldus ook ILA Report 2010, p. 219-220 (i.h.b. aanbeveling no. 8 en 11).

8.1.11 Conclusie

557 Conclusie

De conclusie is dat buitenlands recht een eigenaardig recht is, voor de kwalificatie waarvan kan worden aangesloten bij het onderscheid tussen autonoom en heteronoom recht. Om die reden kan het *iura novit curia* slechts een beperkte rol spelen wanneer het om vreemd recht gaat. Ambtshalve toepassing is daarom ook niet vereist, omdat het slechts een beperkt effect heeft. Hetzelfde geldt voor vreemde voorrangsregels. Het is begrijpelijk dat in dat geval van de procederende partijen assistentie worden verlangd, zij het als uitgangspunt (Engeland en Wales) of als uitzondering (Nederland en Duitsland). Wel dient daarover duidelijkheid te bestaan. Bij de niet-vaststelling van de inhoud van het toepasselijke recht, gaat de voorkeur uit naar een (gemitigeerde) lex fori-benadering. Voor zover bij de toepassing van het recht een zekere interpretatie moet worden gegeven, is dat beperkt mogelijk. In hoogste instantie zal recht gedaan moeten worden aan de rechtsbeschermingsfunctie van rechtsmiddelen. In bijzondere procedures dient de rechter flexibel om te gaan met de situatie, maar is een strikte ambtshalve toepassing niet noodzakelijk. Voor andere dan gerechtelijke autoriteiten geldt dat deze aan andere principes zijn gebonden, waardoor het probleem van vreemd recht daar een andere rol speelt. Arbiters hoeven geen plicht tot ambtshalve toepassing van het recht opgelegd te worden, maar kunnen beter een procedurele 'Hinweispflicht' worden opgelegd.

8.2 Verbetering van de toegang tot vreemd recht op Europees en mondiaal niveau

558 Verhelping van het kennis- en het gezagsprobleem

In het voorgaande is al geconcludeerd dat het niet wenselijk is om op bovenstatelijk niveau, ongeacht of dit op mondiaal of Europees plaatsvindt, een bepaalde processuele behandeling van het conflicten- of het buitenlandse recht voor te schrijven. In plaats daarvan wordt het om verschillende redenen raadzamer geacht om aansluiting te zoeken bij de reeds bestaande pogingen om de toegang tot de inhoud van vreemd recht te verbeteren. In het licht van het adagium *iura novit curia* lijkt in internationale gevallen daarom de meeste aandacht gegeven te moeten worden aan het 'novit' en dus aan de kennispositie van de rechter of van de partijen. Indien het informatietekort hetzij kan worden verminderd, hetzij de kosten daarvan verlaagd kunnen worden, krijgt het adagium een minder fictief karakter en kan gemakkelijker in diens geest worden gehandeld. Daarbij rust er op de statengemeenschap in het algemeen, en op individuele staten en internationale organisaties in het bijzonder, een speciale verantwoordelijkheid om de toegang tot recht van andere staten te vergemakkelijken. Zo kan aan de werkelijke functie van het internationaal privaatrecht, namelijk de facilitering van het internationale rechtsverkeer, recht worden gedaan, zonder evenwel de procesefficiëntie of andere belangrijke aspecten te veronachtzamen. In deze paragraaf zal daarom worden bezien welke rol

bovenstatelijke actoren, zoals de Europese Unie of de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, in dat verband kunnen spelen.

8.2.1 Algemeen

559 Onderzoeksmodaliteiten

Indien de focus komt te liggen op de verbetering van de toegang tot de inhoud van een ander rechtsstelsel, raakt dit aan de modaliteiten waarvan de rechter gebruik kan maken om zich deze kennis te verschaffen alvorens zich een oordeel over de in het geding zijnde geschilpunten te vormen. Op welke manieren kan een rechter deze informatie tot zich krijgen? Afgezien van de vraag of het zijn verantwoordelijkheid is of van de partijen, kan volgende indeling gemaakt worden:[100]

I. eigen onderzoek door de rechter;
II. assistentie van partijen, zij het verplicht of vrijwillig;
III. assistentie van buitenlandse administratieve of diplomatieke autoriteiten;
IV. assistentie van buitenlandse rechterlijke autoriteiten; en
V. assistentie van deskundige derden.

Bij de bespreking van de verschillende initiatieven die ofwel reeds zijn ontplooid, ofwel op zijn minst zijn voorgesteld, zal deze indeling in gedachten worden gehouden.

560 Praktische problemen bij het doen van onderzoek

Voorts is het van belang om in te zien welke problemen precies een rol kunnen spelen bij de het opsporen van de werkelijke betekenis van het toepasselijke recht. Ten eerste kan daarbij worden gedacht aan het algehele ontbreken van relevante bronnen. Onder deze categorie kan ook de situatie worden geschaard waarin de bronnen wel beschikbaar zijn, maar er geen vertaling voorhanden is, of waarin dat deze bronnen slechts in een (te) laat stadium geraadpleegd kunnen worden. Ten tweede kunnen primaire rechtsbronnen – wet- en regelgeving en rechtspraak – wel beschikbaar zijn, maar secundaire bronnen – commentaren en literatuur – juist ontbreken. Het tegenovergestelde is ook mogelijk: in dat geval lijken secundaire bronnen wel te wijzen op het bestaan van een bepaalde rechtsregels, maar worden deze indicaties niet ondersteund door wetgeving of rechtspraak. In plaats van secundaire bronnen kunnen ook andere kennisbronnen worden genoemd, zoals deskundigenrapporten of rechtsgeleerde adviezen, vooral wanneer daarbij wordt gesteund op de eigen (praktijk)ervaring. Voorts kunnen actualiteitsproblemen een rol spelen: is de betrokken wet of rechterlijke uitspraak inmiddels achterhaald, en bestaat er al dan niet een overgangsregime? Hetzelfde geldt voor ontbrekende (rechtsvergelijkende) achtergrondinformatie, zoals de vraag hoe bepaalde rechtsbronnen zich tot elkaar verhouden. Tot slot kunnen, zelfs indien de primaire en secundaire bronnen beschikbaar zijn, zich nog vragen voordoen die verband houden

100 Zie ook paragrafen 7.2.2. en 8.1.3.1.

met de uitleg van de rechtsregels in het licht van de omstandigheden van het individuele geval.

561 Reeds gedane voorstellen

Voordat kan worden besproken welke wegen er ingeslagen kunnen worden om de informatievoorziening inzake buitenlands recht te verbeteren, is het zaak om eerst de voorstellen onder de loep te nemen die in het verleden al eens zijn gedaan of zelfs al zijn ontplooid. Waaruit bestonden deze initiatieven, en door wie zijn zij voorgesteld? Welke voor- en nadelen kennen zij? Vervolgens zullen deze mogelijkheden om de toegang tot vreemd recht te verbeteren op hun merites worden beoordeeld. Hoe effectief is het betrokken voorstel, en doet het afbreuk aan de procesefficiëntie? Past het binnen het geldende stelsel van bijvoorbeeld het conflictenrecht? En is een dergelijk middel wel proportioneel, of kan er een ander middel worden gevonden dat minder ingrijpend is? Voordat aan deze vragen wordt toegekomen, is het dienstig om eerst een overzicht van alle ontwikkelingen te schetsen.

8.2.2 Historische achtergrond

562 Eerdere initiatieven

In het verleden zijn er verschillende voorstellen gedaan die zijn gebaseerd op de idee om via informatie-uitwisseling het probleem van vreemd recht te verhelpen. Zoals in hoofdstuk 1 ook al kort is aangestipt, stamt een van de eerste initatieven uit 1900, toen tijdens de derde bijeenkomst van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht van de zijde van Oostenrijk-Hongarije een voorstel is gedaan voor een verdrag inzake 'Dispositions concernant la délivrance des certificats sur la legislation en vigueur dans un Etat'. Het voorstel, dat bij monde van de gedelegeerde Schumacher was gedaan, bestond uit de mogelijkheid voor een verdragsluitende staat om via diplomatieke weg tot een andere verdragsluitende staat – en in de taal van deze staat – het verzoek te richten om een certificaat over diens wetgeving te verstrekken.[101] De ontvangende staat zou vervolgens verplicht zijn om een dergelijk 'certificat de législation' af te geven,[102] maar was niet gehouden om een commentaar op de in het certifcaat verstrekte wetsbepalingen te geven. Wel zou de verzendende staat aan de ontvangende staat kunnen vragen of er bepaalde jurisprudentie over de relevante wetsbepalingen bestaat.[103]

Het voorstel van Schumacher werd echter niet aangenomen. Een van de redenen was dat staten zich niet graag wilden binden aan het afgeven van offficiële 'certificaten'. Ook werd het wenselijker geacht om dergelijke informatie niet door overheden, maar door speciale organisaties ('grande association internationale') te

101 Zie art. 1 en 5 van het Voorstel in: *Actes de la troisième Conférence de la Haye pour le droit international privé (29 mai – 18 juin 1900)*, Den Haag: Imprimerie nationale 1900, p. 60.

102 Zie art. 2 van het Voorstel in: *Actes* 1900, p. 60.

103 Zie art. 4 van het Voorstel, in *Actes* 1900, p. 60.

laten plaatsvinden.[104] Ook vond men dat de (destijds) bestaande praktijk om via diplomatieke kanalen informatie uit te wisselen al volstonden. Verder werd het als onwenselijk beschouwd als dergelijke certificaten ook de 'validité des lois' zouden omvatten, omdat dat als een zeer ingewikkelde problematiek werd gezien.[105]

Ondanks het falen van het voorstel van Schumacher binnen de diplomatieke kaders van de Haagse Conferentie voor IPR, betekent dit niet dat dit geen gevolgen heeft gehad uit andere hoek. Zo ontwierp de Berlijnse advocaat Frankenstein in 1950 al een 'Projet d'un code européen de droit international privé', dat niet alleen zijn tijd al ver vooruit was – getuige de pogingen en voorstellen die recentelijk[106] en minder recentelijk[107] zijn gedaan – maar ook een regeling bevatte over de uitwisselingen van juridische inlichtingen door nationale 'bureaus d'information'.[108] Dit voorstel was op dat gebied al zeer uitgewerkt en verfijnd, met een duidelijke opdracht aan dergelijke nationale 'bureaus' om archieven inzake vreemd recht aan te leggen.

563 Rechtshulpverdragen

De idee van de uitwisselingen van 'verklaringen' over de inhoud van het eigen recht heeft eerst werkelijk gestalte gekregen met de inwerkingtreding van de Europese Overeenkomst van 1968. Die Overeenkomst, die in deze studie overigens al meermalen aan de orde is gekomen, is het eerste voorstel dat heeft geleid tot een verdrag met een groot aantal ratificaties. Vanuit het gezichtspunt van harmoniserend beleid was dit instrument een succes, maar in de praktijk is dit verdrag echter niet vaak toegepast, zo blijkt althans uit verschillende (empirische) studies.[109] Desalniettemin heeft de Overeenkomst van 1968 wel navolging gekregen in andere regio's van de wereld. Een belangrijk voorbeeld daarvan is het Inter-Amerikaans Verdrag over bewijs van en informatie over vreemd recht.[110] Dit verdrag is op 8 mei 1979 gesloten te Montevideo tussen lidstaten van de Organisatie van Amerikaanse Staten, maar staat eveneens open voor niet-lidstaten.[111] Overigens is het niet tot het verdrag van Montevideo beperkt gebleven. Zo is in 1972 te Brasilia het 'Verdrag inzake informatie in juridische aangelegenheden over de in kracht zijnde wet en diens toepassing'

---

104 Zoals verwoord door Asser (op persoonlijke titel), zie *Actes* 1900, p. 191. De gedelegeerde namens Frankrijk, Renault wees er echter op dat een dergelijk instituut niet noodzakelijkerwijs particulier hoeft te zijn, aangezien een qua functie vergelijkbare afdeling ressorteert onder het Franse Ministerie van Justitie, die ook particuliere 'certificats de coutumes' verstrekt (*Actes* 1900, p. 191).

105 Verwoord door Martens, in: *Actes* 1900, p. 192.

106 De in paragraaf 9.1.1. nog te bespreken voorstellen voor een Europees 'Wetboek van Internationaal Privaatrecht', of zelfs maar een 'Rome 0'-verordening inzake algemene bepalingen van ipr, spreken wat dat betreft boekdelen.

107 Denk daarbij aan de Eenvormige Beneluxwet inzake het internationaal privaatrecht.

108 E. Frankenstein, *Project d'un Code européen de droit international privé*, Leiden: Brill 1950.

109 Zie Rodger & Van Doorn, *ICLQ* 1997, i.h.b. p. 165; in mindere mate Jessurun d'Oliveira, in: *Het NIPR Geannoteerd* 1993, p. 15-16.

110 *Inter-American Convention on Proof of and Information on Foreign Law*, UN Treaty Series, vol 1439, I- 24393.

111 Art. 13 van het Verdrag.

gesloten,[112] en in 1993 het Verdrag van Minsk over 'rechtsbijstand en juridische relaties in burgerlijke, familie- en strafzaken'.[113] Deze verdragen zijn echter minder bekend en kennen ook een kleiner aantal verdragsluitende staten.

564 Hernieuwde aandacht

De toegang tot de inhoud van buitenlands recht heeft pas in de jaren na 2000 weer in de aandacht gestaan. Voor een deel is dit terug te voeren op de snelle europeanisering van het internationaal privaatrecht, dat, via de mislukte pogingen van het Europees Parlement om een uniforme regel inzake de ambtshalve toepassing van vreemd recht te formuleren, heeft geleid tot het in deze studie reeds vaker aangehaalde ISDC-rapport. Dat rapport besteedde onder meer aandacht aan het verbeteren van de informatiepositie van de rechter voor zover het althans om buitenlands recht gaat. Tegelijkertijd had ook de Haagse Conferentie weer van zich laten horen met het 'Access to Foreign Law'-project, dat overigens – wederom – niet heeft geleid tot een nieuw mondiaal instrument. Tijdens de vergadering van de *Council on General Affairs and Policy of the Conference* op 17-20 april 2012 werd immers al aangegeven dat het Permanente Bureau de ontwikkelingen op dit vlak kon blijven volgen, zonder evenwel verdere stappen te ondernemen.[114] Uiteindelijk werd tijdens de vergadering op 24-26 maart 2015 dit onderwerp van de agenda verwijderd, evenwel met de toevoeging dat op het onderwerp in een later stadium nog kan worden teruggekomen.[115]

Verder zijn er in de twintigste eeuw verschillende instituten in het leven geroepen, die de taak kregen om desgevraagd informatie over het toepasselijke recht te verschaffen. Voorbeelden zijn het Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht te Hamburg, dat werd opgericht in 1926, het Internationaal Juridisch Instituut (opgericht, althans diens voorganger, in 1918), het T.M.C. Asser Instituut (1965), en het Institut suisse de droit comparé (ISDC) (1978).[116]

Ook uit academische hoek zijn er voorstellen gekomen om de toegang tot vreemd recht te verbeteren. Een bekend voorbeeld is afkomstig van Remien, en behelst het invoeren van een systeem van 'prejudiciële beslissingen' binnen Europees verband, om zo de rechterlijke samenwerking op dit gebied te versterken. Elders in de wereld

---

112 Eigen vertaling, auteur ('*Convenio sobre Información en Materia Jurídica respecto al Derecho Vigente y su Aplicación*'). Bij het verdrag zijn Spanje, Paraguay en Argentinië partij (ontleend aan Prel. Doc No. 21B, maart 2007, p. 5, vtnt. 16). De tekst van het verdrag heeft de auteur helaas niet kunnen achterhalen.

113 *Convention on Legal Aid and Legal Relations in Civil, Family and Criminal Cases*, Minsk, 22 januari 1993, opgenomen ing: *Collection of International Instruments and Legal Texts Concerning Refugees and Others of Concern to UNHCR*, Genève: UNHCR 2007, no. 263 (p. 1860-1884).

114 Zie *Conclusions & Recommendations adopted by the Council*, onder punt 15.

115 Zie *Conclusions & Recommendations adopted by the Council*, onder punt 11.

116 Zie resp. www.mpipriv.de, onder 'Institut', 'Geschichte'; www.iji.nl, onder 'Over ons', 'Geschiedenis'; www.asser.nl, onder 'About the Institute'; en www.isdc.ch, onder 'Bases legales' (opgericht bij *Loi fédérale* van 6 oktober 1978, *Recueil officiel du droit fédéral* 1979, 56, inmiddels vervangen door *Loi fédérale* van 28 september 2018, *Recueil officiel du droit fédéral* 2019, 3199). Geraadpleegd 29 juni 2020.

zijn er informele overeenkomsten gesloten op grond waarvan rechters zaken naar elkaar verwijzen, indien althans het recht van de andere staat van toepassing is. En recentelijk is ook het Europese Justitieel Netwerk tot stand gebracht om de rechterlijke samenwerking in het algemeen te versterken. Sommigen zien een taak weggelegd voor dit Netwerk voor de verbetering van de informatieuitwisseling over vreemde rechtsstelsels.

Nadat de achtergrond van de verschillende pogingen enigszins is geschetst, wordt dieper op de materie ingegaan en worden de verschillende voorstellen één voor één worden besproken. Vanzelfsprekend zullen de meest recente voorstellen tegen het licht worden gehouden, en ook nieuwe initiatieven zullen de revue passeren.

8.2.3 De Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht: 'Access to Foreign Law'

565 Plan van aanpak van de Haagse Conferentie

Nadat de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht al eens een voorstel voor samenwerking heeft gedaan in 1900, is zij in 2007 begonnen met een project om een instrument inzake de behandeling van buitenlands recht voor te bereiden. Aanvankelijk wilde men de focus vestigen op de harmonisatie van de processuele status van buitenlands recht. Omdat een dergelijke poging om te komen tot een geharmoniseerde benadering al in een vroeg stadium niet haalbaar werd geacht, werd besloten om in plaats daarvan aandacht te besteden aan de behoefte aan informatie over vreemd recht. Zodoende werd het project later beperkt tot het onderwerp *Accessing the content of foreign law*.[117] Het project van de Haagse Conferentie kende aanvankelijk een brede opzet. In plaats van zich te richten op een enkele manier om informatie te doen uitwisselen, werd voorgesteld om een nieuw instrument uit drie onderdelen te laten bestaan:[118]

I. het faciliteren van de toegang tot online informatie over vreemd recht;
II. het verbeteren van grensoverschrijdende bestuurlijke dan wel gerechtelijke samenwerking in verband met concrete vragen voor de beantwoording waarvan online informatie sub I niet toereikend is;
III. het tot stand brengen van een mondiaal netwerk van instituten en deskundigen dat complexere vragen kan beantwoorden.

Deze rangschikking was gebaseerd op de mate van complexiteit van het geval. Zo zag onderdeel I op eenvoudige vragen van buitenlands recht, terwijl onderdeel III juist op de meest complexe vragen betrekking had.

---

117 Zie de Nota van het Permanent Bureau, 'Accessing the Content of Foreign Law and the Need for the Development of a Global Instrument in this Area – a Possible Way Ahead', *Preliminary Document No 11 A of March 2009 for the attention of the Council of March/April 2009 on General Affairs and Policy of the Conference*, p. 3.

118 Zie Prel. Doc. No 11 A March 2009, p. 5-6 (zie noot 95).

566 Veel nadruk op online beschikbare informatie

Wanneer het *Access to Foreign Law*-project aan een andere beschouwing wordt onderworpen, valt het op dat daarin relatief veel aandacht werd besteed aan de verschaffing van online informatie over rechtstelsels. Hierdoor lijkt op twee punten de oorspronkelijke opzet, die toch juist van een brede aanpak getuigde, langzaam maar zeker te zijn veranderd. Ten eerste werd de oorspronkelijke, drieledige opzet enigszins uit het oog verloren en is minder aandacht besteed aan de onderdelen II en III van het project. Ten tweede werd ook de doelgroep waarvoor het beoogde instrument was bedoeld enigszins veranderd. Terwijl in eerste instantie de aandacht werd gericht op de informatiebehoefte van de rechter, kwam later de vraag op of ook anderen dan rechters toegang tot dergelijke online informatie over buitenlands recht moesten krijgen, zoals notarissen en rechtszoekenden. Zodoende werd ook de zogeheten *Free Access to Law*-beweging bij het project betrokken. Dit is begrijpelijk, omdat de *Free Access to Law*-beweging veel kennis en ervaring heeft met het online publiceren van juridische informatie. Het is vanuit het oogpunt van efficiëntie en van overwegingen van meer fundamentele aard zeker ook wenselijk is om niet alleen rechters maar ook de rechtszoekende meer toegang tot het recht te geven. Het is echter de vraag of dat in het gegeven stadium wel opportuun was. Zeker wanneer men in aanmerking neemt dat het gebruik van online beschikbare bronnen slechts een deel van de problematiek betreft, en vaak ook niet zal volstaan om een voldoende onderbouwd oordeel over de betekenis van buitenlandse rechtsregels te verkrijgen,[119] heeft de aandacht voor het online verspreiden van informatie naar verhouding veel gewicht in de schaal gelegd. Daar komt nog bij dat er reeds particuliere initiatieven bestaan om dergelijke informatie op het internet beschikbaar te stellen en het dus de vraag is wat de toegevoegde waarde van een dergelijk instrument zou zijn geweest. De overige twee onderdelen van het project – het opzetten van een systeem van samenwerking op administratief of gerechtelijk vlak en de versterking van een netwerk van deskundigen en gespecialiseerde instituten – zijn verder tamelijk onderbelicht gebleven.

8.2.4 De Europese Overeenkomst van 1968 en vergelijkbare instrumenten

567 Algemeen

Zoals eerder al is besproken, zijn er instrumenten tot stand gebracht over de uitwisseling van informatie over vreemd recht die wél bindend zijn en die in de praktijk ook toepassing hebben gevonden. Een bekend voorbeeld is de in de voorgaande hoofdstukken al aangehaalde Europese Overeenkomst,[120] die op 7 juni 1968 in Londen is gesloten tussen de (oorspronkelijke) verdragsluitende staten van

119 Zelf beriep het Permanent Bureau zich op studies die erop zouden wijzen dat in 25 procent van de gevallen de online beschikbare rechtsbron zou volstaan om zich een beeld van het toepasselijke recht te vormen. Zie Prel. Doc. 11B, maart 2009, p. 6, onder verwijzing naar Jastrow, *IPRax* 2004, p. 402-405.

120 ETS No. 62; *Trb.* 1969, 106.

de Raad van Europa.[121] Intussen hebben ook andere, niet-lidstaten van de Raad van Europa zich bij het verdrag aangesloten.[122] De meeste lidstaten van de Europese Unie zijn inmiddels ook partij bij het verdrag.[123] Minder relevant voor Europa is het Inter-Amerikaans Verdrag over bewijs van en informatie over vreemd recht.[124] Dit verdrag is op 8 mei 1979 gesloten tussen lidstaten van de Organisatie van Amerikaanse Staten, maar staat eveneens open voor niet-lidstaten.[125] De overeenkomst tussen beide verdragen is dat het voorziet in een systeem waarbij gerechten van de ene verdragsluitende staat, al dan niet na tussenkomst van de centrale autoriteit, een verzoek om informatie kunnen richten aan de centrale autoriteit van een andere verdragsluitende staat ten aanzien van het recht van die staat.

568 Nadelen

De Europese Overeenkomst is echter geen onverdeeld succes gebleken.[126] Als nadeel wordt vaak genoemd dat de antwoorden van een te oppervlakkig karakter zouden zijn, dit vanwege het vereiste dat slechts 'abstracte' informatie verstrekt mag worden en geen concreet antwoord dat is toegesneden op de omstandigheden van het geval en op basis van een procesdossier.[127] In de Duitse literatuur wijst men daarnaast vaak op het nadeel dat men de persoon die het antwoord heeft opgesteld niet kan oproepen om tijdens de procedure gehoord te worden ('*Ladungsverbot*'), iets wat wel gebeurt wanneer de informatie wordt gegeven door een '*Gutachter*'.[128] Ook is de kwaliteit van het antwoord grotendeels afhankelijk van de weergave van de feiten door de rechter in zijn verzoek om inlichtingen. Veelal is deze feitenweergave te summier voor een al te uitgebreid antwoord.[129] Voorts zou de verplichte vertaling

121 In totaal hebben 46 staten het verdrag ofwel geratificeerd ofwel zijn zij toegetreden tot het verdrag.

122 Namelijk Costa Rica (i.w.t. 16 juni 1976), Mexico (i.w.t. 22 mei 2003), Marokko (i.w.t. 20 september 2013), en Wit-Rusland (i.w.t. 3 oktober 1997). De mogelijkheid voor niet-lidstaten van de Raad van Europa om toe te treden bij de Overeenkomst is geregeld in art. 18 daarvan.

123 Uitzonderingen zijn Ierland en Tsjechië. Het Verenigd Koninkrijk heeft het verdrag wel getekend en geratificeerd, maar niet omgezet in wetgeving (zie paragraaf 4.4.1.). Niettemin geeft het VK wel de *Legal Executive Branch* van de *Foreign and Commonwealth Office* aangewezen als verzendende en ontvangende autoriteit (zie https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/, onder '062 European Convention on Information on Foreign Law', onder 'Reservations and Declarations') (laatst geraadpleegd 29 juni 2020). Zie o.a. Jessurun d'Oliveira 1996, p. 15.

124 *Inter-American Convention on Proof of and Information on Foreign Law*, UN Treaty Series, vol 1439, I- 24393. Volgens de website van de OAS hebben 12 staten het verdrag geratificeerd of zijn zij toegetreden en hebben zeven staten het verdrag wel ondertekend maar nog niet geratificeerd.

125 Art. 13 van het Verdrag.

126 Vgl. Prütting, in: *MüKo ZPO*, § 293, no. 46; Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 156-164; Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 316, overigens zonder het met deze kritiek eens te zijn, zie p. 317-318. Ook Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 250-257, kent positieve eigenschappen aan de Overeenkomst toe.

127 Prütting, in: *MüKo ZPO*, § 293, no. 46.

128 Anders: Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 149, die erop wijst dat, naast het voorkomen van reiskosten, ook het niet-bindende en abstracte karakter van het antwoord ervoor zorgt dat een *Ladung* geen toegevoegde waarde heeft.

129 Zie Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 157-158; Nishitani 2017, p. 49.

van het verzoek in een of meer officiële talen van de ontvangststaat, zoals vereist door artikel 14 van de Overeenkomst, leiden tot onzuiverheden, vooral wat betreft de soms zeer specifieke juridische terminologie die nauw met het betrokken rechtsstelsels is verbonden.[130] Ook kan het vereiste van vertaling leiden tot hogere kosten en meer vertraging.[131]

De vraag of de informatievoorziening via de Europese Overeenkomst veel tijd kost in vergelijking met andere methoden, is een punt van discussie in de literatuur. Zo zouden de antwoorden volgens sommige auteurs te lang op zich laten wachten,[132] terwijl anderen menen dat de periode tussen het moment van verzending van het verzoek en het moment van ontvangst van het antwoord relatief kort is.[133] Mogelijk zijn deze beide opvattingen minder verschillend dan zij op het eerste gezicht lijken, aangezien de informatievoorziening via de Europese Overeenkomst vaak wordt vergeleken met het vragen van een '*Gutachten*' van een gespecialiseerd instituut, zoals dat in Duitsland gebruikelijk is. Hoewel de tijd die met de Overeenkomst gemoeid is inderdaad korter kan zijn, is de inhoud van een '*Gutachten*' daarentegen veel gedetailleerder. Het gaat, met andere woorden, om de verhouding tussen tijd én kwaliteit. Wanneer naar deze verhouding wordt gekeken, kan een verzoek dat via de Europese Overeenkomst wordt verstuurd mogelijk (te) lang duren. Daarentegen kan onder omstandigheden de spoedeisendheid van een zaak, die verder weinig gecompliceerd is, meebrengen dat de weg van de Europese Overeenkomst te prefereren is boven een tijdrovend deskundigenbericht.

Deze nadelen maken dat rechters meestal proberen om op andere manieren aan informatie over het toepasselijk recht te verkrijgen. In rechtsstelsels waarin academische of vergelijkbare instituten regelmatig worden aangezocht om informatie over vreemd recht te verschaffen, ziet men een sterke voorkeur voor adviezen van deze instituten. Voorbeelden daarvan zijn Duitsland en, in mindere mate, Nederland en Zwitserland.[134] Ook speelt mee dat sommige rechtsstelsels niet zijn ingericht op de idee dat rechters het initiatief voor dergelijke verzoeken kunnen nemen. Zo is in het Engelse recht, met zijn sterke nadruk op het adversaire proces, niet goed voor te stellen dat een rechter uit eigen beweging een dergelijk verzoek verzendt.[135] Tenzij partijen hem daarom gezamenlijk vragen – en dat in een dergelijk proces niet waarschijnlijk – zal hij geen verzoek in die zin kunnen versturen. Om die reden heeft Engeland en Wales – en het Verenigd Koninkrijk als geheel – mogelijk geen implementatiewetgeving voor het verdrag geëntameerd.

---

130 Schellack, *Selbstermittlung* 1998, 159-160 (met een paar voorbeelden van onjuiste vertalingen die het probleem goed illustreren); Nishitani 2017, p. 49; Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 252, 254-255.

131 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 252.

132 Zoals bleek in EHRM 6 april 2004, no. 75116/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD007511601 (*Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland*), zie paragraaf 5.2.

133 Bijv. Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 157.

134 In Nederland voornamelijk het Internationaal Juridisch Instituut en het T.M.C. Asser Instituut, en in Zwitserland vooral het Zwitsers Instituut voor Rechtsvergelijking, een federale instelling.

135 Zie ook Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 242-244; Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 316, vtnt. 361.

569 Voordelen

Toch wordt de Europese Overeenkomst niet door iedereen negatief beoordeeld. Zo vindt Jänterä-Jareborg[136] het systeem van de Europese Overeenkomst adequaat en is zij van mening dat, afgezien van zeer gecompliceerde zaken, er geen beter systeem bedacht had kunnen worden. De voordelen zijn volgens haar dat de verzoeken kostenvrij worden gehonoreerd en binnen een redelijke termijn.[137] Jänterä-Jareborg verklaart het gebrek aan succes van de Overeenkomst door de macht van de gewoonte – rechters zouden te veel gewend zijn aan andere, vertrouwde manieren om dergelijke informatie te verkrijgen – en door het mogelijke gebrek aan kennis van rechters over het bestaan van de Overeenkomst. Interessant is dat zij stelt dat het succes van de Europese Overeenkomst vooral is te danken aan het feit dat veel rechters besluiten er geen gebruik van te maken; anders hadden de toegenomen kosten het systeem doen 'instorten'.[138]

8.2.5 Het Europese Justitiële Netwerk

570 Achtergrond

In de Europese Unie is er het zogenaamde Europees Justitieel Netwerk in burgerlijke en handelszaken (EJN), dat zich bezighoudt met de interactie tussen rechters van lidstaten. Dit netwerk is opgericht in 2001[139] en gewijzigd in 2009,[140] en voorziet in een netwerk van nationale contactpunten. Sommigen hebben al op het gebruik van het EJN gewezen als kanaal om informatie over de inhoud van vreemd recht te achterhalen.[141] Ook de preambule bij de Rome III-Verordening noemt expliciet de mogelijkheid om het EJN te gebruiken bij de toepassing van het recht van een andere lidstaat.[142] Dit is mede mogelijk gemaakt door de wijzigingsbeschikking in 2009, waarin het oorspronkelijke art. 3 lid 2 sub b is uitgebreid met de volgende zin:

---

136 Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 317-318.

137 Een zwak punt in haar redenering is wel dat zij lijkt te steunen op anekdotisch bewijs: 'In those few cases I know about, the provided information has been up to the point and of good quality'. Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 317.

138 Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 318.

139 Beschikking van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de oprichting van een Europese justitiële netwerk in burgerlijke en handelszaken (2001/470/EG), PbEG 2001, L 174/25.

140 Beschikking Nr. 568/2009/EG van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot wijziging van Beschikking 2001/470/EG van de Raad betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken, PbEU 2009, L 168/35.

141 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 387 e.v.; Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 430-432; Duintjer Tebbens, in: *Convergence and Divergence* 2010, p. 648-650. In een eerder stadium, maar kritischer: Remien, *CMLR* 2001, p. 79, en Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 318-321.

142 Zie overweging 14, tweede zin: '(…) Indien het recht van een andere lidstaat wordt aangewezen, kan het netwerk bedoeld in Beschikking 2001/470/EG van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken [volgt verwijzing naar vindplaats, auteur], de rechterlijke instanties informatie verstrekken over de inhoud van het buitenlandse recht.'

> 'In het bijzonder wanneer het recht van een andere lidstaat van toepassing is, kunnen de aangezochte rechterlijke instanties of autoriteiten het netwerk om informatie over de inhoud van dit recht verzoeken (…)'

Hiermee zijn de taken en activiteiten van het Netwerk expliciet uitgebreid met het verschaffen van inlichtingen over het eigen recht in een geval waarin dat recht van toepassing is. De wijzigingsbeschikking had daarom ook op het oog om de doeltreffendheid van de conflictenrechtelijke instrumenten te verbeteren:[143]

> 'Om de communautaire en internationale instrumenten inzake het toepasselijk recht doeltreffend ten uitvoer te leggen, moet het netwerk zijn activiteiten op het gebied van bijstand aan rechterlijke instanties en aan andere autoriteiten die vreemd recht moeten toepassen, bovendien geleidelijk verder ontwikkelen.'

Zo beschouwd is het EJN in burgerlijke en handelszaken dus bedoeld om de verschillende tot stand gebrachte conflictenrechtelijke instrumenten te complementeren. De noodzaak hiervan werd reeds genoemd in het verslag dat op 16 mei 2006 krachtens art. 19 van de Beschikking uit 2001 werd uitgebracht:[144]

> 'Bovendien zou het netwerk, gelet op de aan de gang zijnde harmonisering van de collisieregels in de Unie, een essentiële rol moeten kunnen spelen in de hulp bij de toepassing van door de rechtbanken van de lidstaten van het recht van een andere lidstaat.'

Niet ontkend kan worden dat de Europese regelgever het EJN een belangrijke rol op het gebied van de informatietoewisseling heeft toebedacht. Het is evenwel de vraag of het EJN op die taak wel is berekend, aangezien de samenwerking tot op heden voornamelijk praktische uitvoeringsvragen inzake de intra-Europese rechtshulpverlening betreft, en in mindere mate de uitwisseling van juridische inlichtingen.

571 Procedure

Intussen heeft het Netwerk de hiervoor genoemde taak op zich genomen en wisselen de nationale contactpunten regelmatig informatie met elkaar uit over elkaars rechtsstelsel. De rechters uit de ene lidstaat benaderen het contactpunt uit die staat met een verzoek om informatie. Het contactpunt benadert vervolgens het nationale contactpunt van de betreffende lidstaat met het verzoek om informatie. Het 'aangezochte' contactpunt kan deze informatie zelf geven of via zijn netwerk opsporen. In beginsel zou een contact een eventueel verzoek om inlichtingen binnen twee weken moeten beantwoorden. Verder zal de vraag voldoende specifiek moeten zijn.

---

143 Blijkens het Voorstel voor een Beschikking van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Beschikking 2001/470/EG van de Raad betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken, 23 juni 2008, COM(2008)380 def., p. 4.

144 Verslag van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de toepassing van Beschikking 2001/470/EG van de Raad betreffende de oprichting van een Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken, 16 mei 2006, COM (2006)203 def., p. 5.

572 Voor- en nadelen

Het voordeel van het Netwerk is dat het een zeer informeel netwerk is, waarin de contactpunten elkaar gemakkelijk kunnen benaderen voor informatie over het betreffende rechtsstelsel. Ook eventuele aanvullende vragen kunnen via dit netwerk eenvoudig worden gesteld. Verder is de gehanteerde termijn relatief kort, zodat de voortvarendheid van de procedure niet gehinderd behoeft te worden. Voorts is de informatie afkomstig van rechters uit de staat wiens recht van toepassing is, zodat de kwaliteit van de informatie hoogwaardig kan zijn.

Een nadeel van het EJN kan zijn gelegen in de vraag hoe omgegaan wordt met de vereisten van hoor en wederhoor. Niet duidelijk is in hoeverre partijen op de hoogte worden gesteld van het voornemen om via het EJN inlichtingen over het toepasselijke rechtsstelsel te verkrijgen en of zij de gelegenheid krijgen om daarop hun zienswijze kenbaar te maken. Een ander aspect van processuele aard betreft de motivering door de rechter van de wijze waarop hij inlichtingen over het toepasselijke recht heeft vergaard. Geven rechters aan waar de informatie vandaan komt en wie bij de verstrekking van die informatie betrokken zijn geweest? Ook kan het als een nadeel worden gezien dat vragen over de inhoud van het recht van een andere lidstaat die via het EJN gesteld worden, uit de aard der zaak voldoende specifiek moeten zijn om beantwoording mogelijk te maken. Dit maakt het instrument minder goed bruikbaar voor die gevallen waarin de rechter die vreemd recht moet toepassen daarover geen informatie heeft en bronnen niet voor hem beschikbaar zijn, zij het in absolute of relatieve (zoals het ontbreken van een vertaling) zin.

Daarnaast zijn er organisatorische kwesties. Zo is het EJN in beginsel een netwerk voor rechters. In die systemen waarin partijen informatie over het buitenlands recht moeten verstrekken, zoals in Engeland en Wales of Ierland, zal dit een hindernis voor de effectiviteit van een dergelijk mechanisme zijn. Weliswaar wordt geprobeerd om ook organisaties van andere juridische beroepsbeoefenaren dan rechters in het Netwerk te betrekken, maar het is de vraag in hoeverre deze ook een rol kunnen spelen bij de informatieverstrekking. Indien de procespartijen zelf verantwoordelijk zijn om 'bewijs' van vreemd recht te leveren, zoals in het Engelse systeem, is het moeilijk in te zien hoe zij onafhankelijk van elkaar toegang tot het systeem kunnen krijgen. Ook contact via de eigen beroepsorganisatie van rechtsbijstandverleners zal dan geen uitkomst bieden, als er al wordt geprocedeerd met rechtsbijstand. Wellicht kan aan een dergelijk bezwaar worden tegemoet gekomen wanneer er nog een uitvoeringsregeling tot stand wordt gebracht, bijvoorbeeld in een richtlijn, waardoor lidstaten moeten zorgen voor een systeem waarin partijen, bij voorkeur gezamenlijk, aan rechters kunnen verzoeken informatie over vreemd recht via het EJN-contactpunt te verkrijgen.

Een ander nadeel kan zijn gelegen in de beperkte capaciteit die het EJN momenteel (nog) heeft. Er zijn volgens het meeste recente verslag[145] door de lidstaten 139 contactpunten aangewezen. Het is de vraag in hoeverre zij in staat zullen zijn om een toestroom aan verzoeken uit de gehele Europese Unie over het

145 Verslag van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en het Europees Economisch en Sociaal Comité over de activiteiten van het Europees justitieel netwerk in burgerlijke en handelszaken, Brussel, 10 maart 2016, COM(2016) 129 final, p. 3.

recht van een andere lidstaat te verwerken. De lidstaten moeten weliswaar de 'nodige middelen' verschaffen aan de contactpunten, maar dit brengt wel mee dat de systeemkosten zullen toenemen. Het is de vraag wat het ontbreken van een elektronisch systeem voor de afhandeling van verzoeken tussen de lidstaten[146] betekent voor de informatievoorziening over vreemd recht tussen de contactpunten. Een elektronisch systeem kan efficiëntie in de hand werken, maar ook afdoen aan het vrij informele contact dat de contactpunten met elkaar hebben.

573 Veranderingen?

De conclusie lijkt dus te zijn dat via het EJN in burgerlijke en handelszaken op een efficiënte en voortvarende manier informatie over buitenlands recht kan worden verkregen. De effectiviteit van dit mechanisme is echter afhankelijk van de processuele status van buitenlands recht van de verzoekende rechterlijke instantie, de belasting van het Netwerk en de mate van inlichtingen die de betreffende rechter nodig heeft. Het lijkt dus voornamelijk een nuttig mechanisme om eventuele hiaten in de reeds aanwezige kennis van vreemd recht op te vullen, zoals in het geval dat recht geïnterpreteerd moet worden.

8.2.6 De 'intra-Europese prejudiciële vraag'

574 Een academisch voorstel

De voorstellen die in de voorgaande sub-paragrafen zijn besproken, hebben gemeen dat zij ofwel reeds bestaan, ofwel op zijn minst in een concreet voorstel te vinden zijn. Er zijn in het academische debat echter ook minder concrete voorstellen gedaan, die desondanks het bespreken waard zijn. Eén daarvan is het voorstel om in Europees verband naar analogie van de prejudiciële vraag de mogelijkheid te openen dat rechters van de ene lidstaat een verzoek om informatie over het recht van een andere lidstaat kunnen richten tot de rechters van die staat.

8.2.6.1 Introductie

575 Achtergrond

De wijze om informatie over buitenlands recht te verkrijgen door, in navolging van de prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie EU, aan nationale rechters de mogelijkheid te bieden prejudiciële vragen te stellen aan de hoogste rechterlijke instanties van andere lidstaten, is in het verleden al eens voorgesteld door Remien.[147] Geheel nieuw is deze gedachte overigens niet. Niet alleen dringt de

146 Verslag van 10 maart 2016, p. 7, zie noot 127.

147 O. Remien, 'Iura novit curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61 ff. EGV – für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten', in: J. Basedow e.a. (red.), *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 617-631.

vergelijking met de prejudiciële vraag zoals deze in het EU-recht momenteel bestaat zich op, maar ook in andere rechtsstelsels is de gedachte van een 'certificeringsprocedure' niet onbekend. Voorbeelden zijn de in Hoofdstuk 4 behandelde 'British Law Ascertainment Act' en de in de VS onder auspiciën van de Uniform Law Commission ontworpen *Uniform Certification of Questions of Law Act*, een modelwet waarvan, na een eerste versie uit 1967, in 1995 een vernieuwde variant is vastgesteld. De British Law Ascertainment Act is al behandeld in Hoofdstuk 4 en zal hier niet opnieuw worden besproken. Ook in de VS is de idee van 'certification' van rechtsvragen niet onbekend. Verder heeft de Supreme Court van de Australische deelstaat New South Wales een 'Memorandum of Understanding' met twee buitenlandse gerechten gesloten inzake een vergelijkbare procedure. Deze laatste twee zullen eerst nader worden besproken.[148]

8.2.6.2 Het Amerikaanse recht en de UCQLA

576 De Verenigde Staten: federale achtergrond

Ook de Verenigde Staten kent het probleem dat rechters soms worden geconfronteerd met het recht van een andere deelstaat, welk recht zij niet noodzakelijkerwijze kennen. Het Amerikaanse recht wordt immers gekenmerkt door een onderscheid tussen federaal en deelstatelijk recht, waarbij een groot gedeelte van het privaatrecht juist op deelstatelijk niveau is geregeld. Deze privaatrechtsstelsels blijven het prerogatief van de deelstaten, aangezien de federale overheid niet de bevoegdheid heeft om een eigen (uniform) privaatrecht tot stand te brengen. Het resultaat is dat niet alleen statelijke rechters, wanneer zij een '*interstate case*' moeten beoordelen, het recht van een *sister state* moeten toepassen, maar dat ook federale rechters bij tijd en wijle geconfronteerd worden met een rechtsvraag die door het recht van een deelstaat wordt beheerst. In deze laatste categorie van gevallen kan sprake zijn van *diversity jurisdiction*, waarbij in een geval waarin een van de partijen woonplaats buiten de deelstaat heeft (een zogenaamde 'non-citizen'),[149] de federale rechter bevoegd is om van het geding kennis te nemen. Daarbij kan het deelstatelijke recht voor toepassing in aanmerking komen.

De bepaling op grond waarvan de federale rechter aan het deelstatelijk recht is gebonden, is te vinden in Section 34 van de Federal Judiciary Act 1789. Volgens deze bepaling zijn de 'laws of the Several States' in een federale common law-procedure te beschouwen als 'rules of decision', wat wil zeggen dat de federale rechter daaraan gebonden moet worden geacht.[150] De vraag die lange tijd heeft gespeeld is of de federale rechters wel een eigen 'common law' mochten ontwikkelen. Deze vraag is

148 De Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht had in het zogenaamde *Access to foreign law*-project ook aandacht besteed aan de gerechtelijke en administratieve behandeling van rechtsvragen die van vreemde autoriteiten afkomstig zijn. Dit idee was echter niet geheel uitgewerkt. Zie daarvoor paragraaf 8.2.3.

149 Hetzij in een andere deelstaat, hetzij in het buitenland.

150 Het ging om section 34 van de Federal Judiciary Act 1789, dat voorschreef dat '[t]he laws of the several States, except where the Constitution, treaties, or statutes of the United States otherwise

in eerste instantie bevestigend beantwoord in de zaak *Swift v. Tyson*[151]. Volgens Justice Story van het US Supreme Court moest het begrip 'law' uit Section 34 restrictief worden uitgelegd als 'statutory law'. Dit betekende dat federale rechters, bij afwezigheid van een lokale *statute*, een 'general law' mochten toepassen, dat los stond van de 'local law' dat door deelstatelijke rechters moest worden toegepast. Zodoende ontwikkelde zich langzaam aan een 'federaal privaatrecht'.

577 'Erie doctrine'

Aan deze ontwikkeling is echter een einde gekomen met de bekende zaak *Erie R. Co. v. Tompkins*,[152] waarmee de US Supreme Court de zogenaamde '*Erie doctrine*' in het leven heeft geroepen. De Supreme Court gaf in die zaak een ruime uitleg aan het begrip 'law' door ook deelstatelijke jurisprudentie daaronder te scharen. Daartoe voerde de Supreme Court verschillende argumenten aan. Zo was het volgens de Supreme Court niet aan federale rechters om te bepalen of het recht van een deelstaat alleen door de wetgever of ook door de hoogste rechter kan worden gemaakt. Het Congres kon geen bevoegdheid aan de Constitutie ontlenen om regels van 'common law' in de deelstaten van toepassing te verklaren.[153] Om dezelfde reden zouden federale rechters dan ook geen bevoegdheid hebben om een 'federal general common law' te ontwikkelen.[154] De federale rechter zou zich daarom moeten refereren aan het oordeel van de deelstatelijke rechter.

Ook meende de Supreme Court dat de doctrine van *Swift v. Tyson* discriminatoir was, omdat de 'non-citizen', dat wil zeggen, de partij met woonplaats in een andere deelstaat of in het buitenland, invloed kon uitoefenen op de uitkomst van het geschil door een federale rechtsgang te verkiezen boven een gang naar de deelstatelijke rechter. *Forum shopping* zou in de hand worden gewerkt doordat partijen naar een andere staat verhuisden of rechtspersonen zich in een andere staat lieten registeren om de mogelijkheid van 'diversity jurisdiction' in de hand te werken. Om die reden kwam de Supreme Court tot de conclusie dat er geen federale 'common law' kon worden toegepast.

Door de '*Erie doctrine*' is het dus noodzakelijk voor federale rechters om – net als de rechters uit de deelstaten – zich kennis over het betrokken deelstatelijke recht te verschaffen, wanneer dat recht althans een rol speelt in een federale procedure. Daarbij staat de federale rechter twee 'technieken' ter beschikking, namelijk 'prediction' en 'abstention'.[155] De mogelijkheid van 'prediction' houdt in dat de federale rechter probeert een inschatting te maken over de manier waarop een lacune in het

---

require or provide, shall be regarded as rules of decision in trials at common law, in the courts of the United States, in cases where they apply.' In *Swift v. Tyson* oordeelde Justice Story dat section 34 restrictief uitgelegd diende te worden, en alleen zag op lokale *statutes* en o.a. op rechten en titels in onroerende zaken.

151 1842, 16 Pet. 1, 10 L.Ed. 865.

152 (1938) 304 U.S. 64

153 *Erie*, t.a.p., p. 822.

154 *Erie*, t.a.p., p. 822.

155 Zie 'The Uniform Certification of Questions of Law Act', *Iowa L. Rev.*1969, p. 465-476, i.h.b. p. 465-469.

recht van een deelstaat zal worden opgevuld. Daartoe is het nodig dat de federale rechter zich het 'beslissingsmodel' van de deelstatelijke rechter eigen probeert te maken, alvorens hij een beslissing neemt.[156] De tweede mogelijkheid, de 'abstention' betekent dat de federale rechter zich onthoudt van een oordeel omtrent het toe te passen deelstatelijke recht. De partijen worden doorverwezen naar de rechter van de betreffende deelstaat om opheldering over de voorliggende lacune te verkrijgen.[157]

578 UCQLA

Om dat proces te vergemakkelijken, heeft de Uniform Law Commission een modelwet ontworpen die het mogelijk maakt dat de federale rechter, of een rechter van een deelstaat, een verzoek richt aan rechters van een andere deelstaat om een vraag over het recht van die deelstaat te beantwoorden. Deze modelwet stamde uit 1967 en is in 1995 herzien.[158] Tot op heden hebben, blijkens de website van de Uniform Law Commission, 8 staten de modelwet van 1995 omgezet in wetgeving.[159] Daarvoor hadden 23 staten en het 'District of Columbia' de modelwet van 1967 al in hun wetgeving overgenomen.[160] Verder hebben ook andere staten, en gebiedseenheden als Puerto Rico, de Noordelijke Marianen en Guam, een vorm van 'certification' in hun wet- of regelgeving opgenomen; North Carolina is de enige uitzondering.[161] Dit betekent dat federale rechters, wanneer zij bij de toepassing van het recht van North Carolina op toepassingsproblemen stuiten, zij kunnen besluiten om af te zien van hun bevoegdheid ('abstention').[162] Dit laatste is onder meer mogelijk gemaakt door het U.S. Supreme Court in de zaak *Burford v. Sun Oil Co*.[163]

---

156 Zie 'The Uniform Certification of Questions of Law Act', *Iowa L. Rev.*1969, p. 465-476, i.h.b. p. 466-467.

157 Zie 'The Uniform Certification of Questions of Law Act', *Iowa L. Rev.*1969, p. 465-476, i.h.b. p. 468-469, en de aldaar aangehaalde literatuur en jurisprudentie.

158 De modelwet van 1995 is op bepaalde onderdelen aangepast. Zo in de nieuwe modelwet voorzien dat ook gerechten van 'tribes', dat wil zeggen, erkende verbanden van de oorspronkelijke bewoners van Amerika, van de 'certification'-procedure gebruik kunnen maken, net als enkele vreemde rechters, zoals van Mexico en Canada. Voorts is de mogelijkheid voor de ontvangende rechter om de vraag te herformuleren duidelijker in deze wet verankerd.

159 Te weten, West Virginia, Maryland, Oklahoma, New Mexico, Montana, Minnesota, Connecticut en Vermont. Zie http://www.uniformlaws.org, onder 'Acts', onder 'Current' ('Certification of Questions of Law') of via Westlaw Next, 'Refs & Annos', *Uniform Laws Annotated* (onder 'Statutes & Court Rules). Beide vindplaatsen geraadpleegd op 29 juni 2020.

160 Het gaat om de staten Alabama, Alaska, Arizona, Colorado, Florida, Georgia, Iowa, Kansas, Kentucky, Louisiana, Maine, Massachusetts, Mississippi, New Hampshire, New Mexico, North Dakota, Ohio, Oregon, Rhode Island, South Dakota, Washington, Wisconsin, en Wyoming. Zie 'Refs and Annos', 'Uniform Certification of Questions of Law Act (1967)', in: *Uniform Laws Annotated*, via Westlaw Next (onder 'Statutes & Court Rules) (geraadpleegd 29 juni 2020). 'Disctrict of Columbia' is geen staat, maar een zogeheten 'territory'.

161 Klotz, *Wake Forest L. Rev.* 2014, p. 1175.

162 Zie Klotz, *Wake Forest L. Rev.* 2014, p. 1185-1187; J.D. Dvorske, 'Propriety of Federal Court's Abstention, under Burford v. Sun Oil Co., 319 U.S. 315, 63 S. Ct. 1098, 87 L. Ed. 1424 (1943), As to State Law Claim for Tort', 192 *American Law Reports Federal* 429-

163 319 U.S. 315.

Hoe werkt de UCQLA? Voor certificering van de rechtsvraag worden drie voorwaarden gesteld. Om te beginnen moet de lopende zaak een vraag bevatten over het rechtsstelsel van de (andere) deelstaat. Voorts is een dergelijke 'certification of questions of law' slechts mogelijk, voor zover het antwoord noodzakelijk was voor een lopende zaak ('may be determinative of an issue in the pending cause'). Tot slot is vereist dat er geen wetgeving of uitspraak in hogere instantie beschikbaar was die het antwoord op de rechtsvraag kan geven ('no answer is provided by either a controlling statute or appellate decision of the other State').[164] Deze vereisten zijn cumulatief opgesteld. Interessant is dat in de 'certification order' moet zijn aangegeven dat de ontvangende rechter de vraag mag herformuleren.[165] Vanzelfsprekend moet ook de rechtsvraag zelf zijn genoemd en de feiten die relevant zijn voor de vraag. Uit de presentatie van de feiten moet de aard van het geschil ten volle blijken.[166] Als de partijen het over de feiten niet eens worden, kan de rechter de relevante feiten vaststellen deze in de 'certification order' opnemen.[167] De ontvangende rechter mag eisen dat hij tevens een (deel van) de processtukken ('record') wil ontvangen. Deze rechter mag de vraag herformuleren. Het antwoord wordt in de vorm van een 'opinion' opgesteld, waarvan een kopie naar de verzendende rechter en de partijen wordt gestuurd. De kosten worden in beginsel tussen partijen verdeeld, tenzij anders wordt besloten door de 'certifying court'.

De UCQLA is overigens geen modelwet die de toepassing buitenlands recht in strikte zin betreft. Ook in de deelstaten die een vorm van 'certification' toestaan, is deze bevoegdheid slechts toegekend voor zover het verzoeken betreft die afkomstig zijn van federale rechters ('US courts'). Slechts een beperkt aantal deelstaten heeft de 'certification'-procedure ook opengesteld voor vragen van rechters uit zogenaamde '*sister states*'. Dit moet worden bezien tegen de constitutionele achtergrond van de *Erie doctrine*. Dit leerstuk betreft immers de constitutionele verhoudingen tussen federale rechters en deelstaten, en draait eigenlijk om het respect dat de federale overheid in acht moet nemen ten aanzien van de deelstaten. Voor zover de deelstaten vrij zijn om het eigen recht te vormen – de federale overheid mist, zoals eerder aangeven, de bevoegdheid tot algehele unificatie van het privaatrecht – kunnen zij zelf bepalen op welke wijze zij dat doen, namelijk via wetgeving of via de rechtspraak. Om de taak van (federale) rechters te verlichten, kunnen deze daarom van een dergelijke 'certification'-procedure gebruikmaken, zodat de deelstatelijke rechter hen kan informeren over de juiste betekenis van het betrokken recht.

579 Toepassing van buitenlands recht?

Ondanks de constitutionele oorsprong van de UCQLA heeft deze modelwet ook betekenis voor buitenlands recht. De *Erie*-doctrine vertoont veel verwantschap met de conflictregel; in beide gevallen staat de eenheid van uitkomsten voorop en zou

164 S. 2(1)-2(3) UCQLA.
165 S. 4(a)(3) UCQLA.
166 S. 4(a)(2) UCQLA.
167 S. 4(b) UCQLA.

het geen verschil moeten maken of de ene of de andere rechter is aangezocht.[168] Om die reden kunnen de bij de UCQLA in aanmerking te nemen overwegingen een belangrijke rol spelen voor de toepassing van vreemd recht in intra-Europees verband. Dit wordt nog versterkt door de analogie tussen het federalisme van de VS en het confederalisme of supranationalisme van de EU. Beide systemen kennen immers een 'bovenstatelijke' gerechtelijke structuur en in beide systemen staan de deel- of lidstaten in een bijzondere verhouding tot elkaar.

De UCQLA is een duidelijk voorbeeld van wat eerder al het gezagsprobleem van buitenlands recht is genoemd.[169] Het is per slot van rekening niet zozeer de ontbrekende rechtskennis die daarbij een rol speelt – mogelijk kan de federale rechter dergelijke kennis nog wel opdoen via de *Restatements* of op andere wijzen – maar vooral over het gezag dat de rechter over dat recht kan doen gelden. De federale rechter kan dat gezag niet doen gelden en moet zich daarom wel refereren aan het oordeel van de deelstatelijke rechter.[170]

8.2.6.3 De 'Memoranda of Understanding' van de New South Wales Supreme Court

580 Singaporese zaak Westacre v. Yugoimport

De Verenigde Staten zijn niet de enige staat dat een dergelijke vorm van 'certification' tot stand heeft gebracht. Een vergelijkbaar mechanisme heeft zich ook ontwikkeld in een ander deel van de wereld. Naar aanleiding van de Singaporese zaak *Westacre v. Yugoimport*,[171] waarin de Singaporese rechter de hulp van de Engelse rechter had ingeroepen bij de toepassing van het Engelse recht, is er de wens opgekomen om een dergelijke handelswijze meer gestalte te geven. Daartoe heeft de *Supreme Court of New South Wales* een 'Memorandum of Understanding' gesloten met de gerechten van een tweetal andere staten, namelijk de *Supreme Court* van Singapore en de *Supreme Court* van New York.[172] De Memoranda (MoU) zien op het geval dat het door de rechter van de ene staat het recht van de andere staat moet worden toegepast. Hoewel zij op onderdelen weliswaar verschillen, hebben zij op hoofdlijnen dezelfde structuur.

---

168 Vgl. 'The Uniform Certification of Questions of Law Act', *Iowa L. Rev.*1969, p. 465-476, i.h.b. p. 465, die de Erie-doctrine heeft vergeleken met de situatie waairn deelstatelijke rechters zogeheten *sister state law* moeten toepassen.

169 Zie Hoofdstuk 7.

170 Zie 'The Uniform Certification of Questions of Law Act', *Iowa L. Rev.*1969, p. 465-476, i.h.b. p. 472-473.

171 *Westacre Investments Inc. v. The State-Owned Company Yugoimport SDPR (also known as Jugoimport-SDPR)* [2008] SGCA 48 (via CommonLII).

172 Zoals gepubliceerd op de website van de Supreme Court of New South Wales, http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/, onder 'Practice & Procedure', onder 'International judicial cooperation' (geraadpleegd op 29 juni 2020). Zie voorts over deze Memoranda, Spigelman, *LQR* 2011, p. 208-216.

581 MoU: procedure

De procedure is relatief eenvoudig en de MoU tussen de Supreme Court of New South Wales en de Supreme Court van Singapore kan daarbij als voorbeeld dienen. Het moet gaan om een 'substantial legal issue', dat wordt beheerst door het recht van de andere partij bij de MoU.[173] Het verzoek om een antwoord ('consideration') kan bevatten a) de duiding van de exacte vraag over buitenlands recht, b) de duiding van de feiten of vermoedens die als basis voor het antwoord dienen, en c) in hoeverre de ontvangende rechter mag afwijken van de feiten, dan wel de gestelde vraag mag aanpassen. De beantwoording van de vraag vindt plaats in overeenstemming met de procedures van de ontvangende rechter en, binnen het raamwerk van die procedures, zo spoedig mogelijk.[174] Verder zijn er nog wat bepalingen over de toepassing van de MoU zelf, zoals de minnelijke beslechting van geschillen over de uitleg van de MoU door consultatie, en de inwerkingtreding van de MoU.[175] Opmerkelijk is dat de MoU zelf maar vijf jaar geldig was. Het argument daarvoor was dat de praktijk van 'certification' tegen die tijd wel zodanig gevestigd zou zijn, dat een geschreven overeenkomst niet meer nodig zou zijn.[176] De MoU met de *Supreme Court* van New York is qua bewoordingen bijna identiek; het enige verschil is dat deze laatste MoU nog een bepaling kent die voorziet in een informelere wijze van communiceren.[177]

582 Bijzonderheden MoU

Het valt op de 'certification'-procedure op een informele wijze tot stand lijkt te zijn gekomen, eerder op basis van een individuele band tussen twee gerechten dan op grond van een formeel rechtshulpverdrag tussen twee staten. Ook de in de beide MoU's opgenomen beperkte geldigheid is bijzonder te noemen. Waarschijnlijk werd de MoU gezien als een noodzakelijk duwtje in de rug voor een informele vorm van grensoverschrijdende samenwerking. Dit kan te maken hebben met het gegeven dat de betrokken rechtsstelsels tot de *common law*-familie behoren, en er meer vrijheid voor de rechter bestaat om dergelijke verzoeken gehoor te geven.

173 Art. 1 MoU New South Wales – Singapore.

174 Art. 1 en 3 MoU New South Wales – Singapore.

175 Art. 4 en 5 MoU New South Wales – Singapore.

176 Art. 5 lid (iii) MoU New South Wales – Singapore: 'This Memorandum will terminate five calender years after the date of signing at which time it is anticipated that the procedures herein referred to will be sufficiently well established not to require a succeeding agreement.'

177 Art. 4 MoU New South Wales – New York. Een ander opmerkelijk verschil is dat de eerste MoU (met Singapore) nog gesloten lijkt te zijn in naam van beide rechterlijke colleges, terwijl de tweede MoU (met New York) gesloten lijkt te zijn tussen de beide hoogste rechters van die colleges (Chief Justice van New South Wales resp. de Chief Judge van de Staat van New York).

8.2.6.4 Een 'prejudiciële beslissing' voor intra-Europese zaken?

583 Rechtskarakter

Een van de vragen die in het kader hiervan kan worden gesteld, is wat het rechtskarakter van een eventuele beslissing van de rechter van de aangezochte lidstaat is. Moet dit bijvoorbeeld worden beschouwd als een 'advies', waarmee de inlichtingen verzoekende rechter slechts rekening behoeft te houden, maar ook vanaf kan wijken?[178] Of moet dit als een onderdeel van het vonnis van de verzoekende rechter worden beschouwd, waarbij de beslissing van de vreemde rechter als het ware in dat vonnis wordt 'geïncorporeerd'? En in hoeverre is de rechter verplicht het antwoord op de prejudiciële vraag te volgen, met andere woorden, in hoeverre is deze bindend?

In elk geval kan artikel 6 EVRM een grote rol spelen. Wanneer de prejudiciële beslissing moet worden beschouwd als deel van de rechterlijke beslissing, spelen problemen van hoor en wederhoor. Immers, het is de vraag of partijen de mogelijkheid hebben gehad hun standpunt kenbaar te maken aan de rechter van de betreffende lidstaat. Ook speelt dan de vraag hoe het zit met de door artikel 6 EVRM vereiste onpartijdigheid van de rechter. Kan een eventueel gebrek aan onpartijdigheid van de vreemde rechter een rol spelen wanneer de verzoekende rechter diens oordeel in zijn eigen vonnis incorporeert? Maar ook indien het antwoord slechts als een 'opinie' wordt gezien, kunnen deze vragen zich voordoen.[179]

584 Procedurele inkadering

Verder moet in het oog worden gehouden dat de mogelijkheid van de nationale rechter van de ene lidstaat om een prejudiciële vraag aan de nationale rechter van een andere lidstaat te stellen over de inhoud of uitleg van diens recht, een zekere procedurele inbedding moet krijgen. De vraag rijst op welke wijze daaraan gestalte kan worden gegeven. Is het aan de rechter om van een dergelijke methode gebruik te maken, desnoods door ambtshalve een dergelijk intra-Europese prejudiciële vraag te stellen? Of moet dat aan partijen worden overgelaten? Hoe zit het met rechtsstelsels waar partijen een grote invloed op de vaststelling van de inhoud van buitenlands recht uitoefenen, zoals in Engeland en Wales? Moeten partijen daar de mogelijkheid te hebben om een dergelijk verzoek te doen of hebben zij een rechtsmiddel indien de rechter weigert een dergelijk verzoek aan zijn buitenlandse collega te richten?

---

178 Zie M. Requejo, 'Quelle communication dans l'application de la loi étrangère?', in: S. Menétrey & B. Hess (red.), *Les dialogues des juges en Europe*, Brussel: Larcier 2014, p. 325-348, op p. 327.

179 Waarbij enigszins de vergelijking kan worden gemaakt met de positie van de P-G of A-G bij de cassatierechter (EHRM 17 januari 1970, Serie A no. 11 (*Delcourt/België*), ook al betrof dat een strafrechtelijke zaak). Zie voor de eventuele schending van het vereisten van 'due process' ook punt 11 van de 'Conclusions and Recommendations' van de door de Europese Commissie en de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht gezamenlijk georganiseerde conferentie 'Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters', gehouden in februari 2012 (www.hcch.net, onder 'Publications and Studies', geraadpleegd op 29 juni 2020).

8.2.6.5 Verschil met prejudiciële procedure Hof van Justitie EU

585 Verticale versus horizontale verhouding

De zogenaamde 'intra-Europese prejudiciële vraag' is gemodelleerd naar het instituut van de prejudiciële vraag zoals deze in EU-verband reeds bestaat, en die aan het HvJ EU kan – en soms moet – worden voorgelegd wanneer de uitleg van Unierecht vereist is.[180] Het probleem is dat er twee belangrijke verschillen zijn met de reeds bestaande prejudiciële procedure. Deze verschillen hangen samen met de verhouding tussen de verzoekende rechter en rechter die de beslissing geeft. In het geval van het Hof van Justitie betreft dat namelijk een *verticale* relatie.[181] In Europees verband zijn nationale rechters tevens Unierechters, en in die context staat het Hof van Justitie EU als hoogste Unierechter in een hiërarchische relatie tot de nationale rechter. Dit is anders in het geval van een prejudiciële vraag aan de hoogste rechter van een andere lidstaat, zoals in het voorstel wordt bedoeld. Er is immers geen 'hiërarchie' tussen de hoogste rechter van lidstaat A en die van lidstaat B. Wanneer bijvoorbeeld de Hoge Raad inderdaad een prejudiciële vraag zou stellen aan het Duitse BGH over de uitleg van het BGB, is er geen sprake van een hiërarchische verhouding tussen het BGH en de Hoge Raad. Op interstatelijk en intra-Europees niveau zijn zij immers gelijk; het betreft een *horizontale* relatie.[182] De reden waarom in zo'n situatie de verzoekende rechter alsnog de prejudiciële beslissing van een vreemde rechter zou volgen, is dan ook gelegen in de vrije instemming van de forumstaat met een dergelijk mechanisme. Deze kan zijn gegeven door verdragen te sluiten of doordat de staat, via het lidmaatschap van de Unie, aan verordeningen is gebonden, dan wel door reciprociteit of *comitas* op grond waarvan de verzoekende staat zich toch aan de beslissing gebonden acht.

586 Uitleg versus inhoud

In samenhang met het voorgaande is het tweede verschil dat het Hof van Justitie EU de bijzondere taak heeft om het eigen rechtsstelsel – het Unierecht – uit te leggen, terwijl dat tevens deel uitmaakt van de rechtsorde van de lidstaten.[183] Dit is het grote verschil met de uitleg van een buitenlands rechtsstelsel, aangezien dat laatste rechtsstelsel geen deel uitmaakt van de rechtsorde waar deze wordt toegepast. De theorieën, volgens welke vreemd recht deel uitmaakt van de eigen rechtsorde – *rinvio recettizio*-theorie – of volgens welke het eigen recht een bijzonder, voor

180 Er zijn andere prejudiciële procedures die op een vergelijkbare manier functioneren, zoals de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad, de prejudiciële procedure bij het Benelux-Gerechtshof en de sinds kort bestaande mogelijheid van de zogeheten 'advisory opinion' van het EHRM. In deze studie zal de vergelijking met de procedure bij het Hof van Justitie EU worden getrokken, omdat deze a) nauw met de EU is verbonden, en b) deze procudure vaak is gebruikt en daarmee dus veel ervaring is opgedaan.

181 Zo ook Fornasier, *ZEuP* 2010, p. 486.

182 Zo ook Fornasier, *ZEuP* 2010, p. 486-487.

183 Zoals volgt uit de arresten HvJ EG 5 februari 1963, zaak 26/62, *Jur.* 1963, p. 7, ECLI:EU:C:1963:1 (*Van Gend en Loos*) en HvJ EG 15 juli 1964, *Jur.* 1964, p. 1207, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa/E.N.E.L.*).

de omstandigheden van het geval, gecreëerde versie van eigen recht toepast dat het vreemde recht zo nauw mogelijk volgt – *local law theory* – zijn immers verworpen. De rechtvaardiging voor de toepassing van buitenlands recht is gevonden in het systeem van het conflictenrecht.[184] Dit betekent eveneens dat het karakter van een dergelijke intra-Europese prejudiciële vraag wezenlijk anders is dan die van de bestaande prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie EU. Door deze eigenschap is de prejudiciële vraag die aan het Hof van Justitie EU wordt gesteld altijd een vraag van *uitleg*, en niet noodzakelijk een vraag over de *inhoud* van EU-recht. De nationale rechter wordt immers verondersteld het Unierecht te kennen, als deel van diens eigen rechtsorde. Men kan van mening verschillen over de vraag, in hoeverre dit onderscheid tussen uitleg en inhoud gemaakt zou moeten worden. Wel toont het aan dat dit een verschil is met een prejudiciële vraag die wordt gesteld aan de hoogste rechter van een andere lidstaat, aangezien daar zelfs de inhoud van het recht en wettelijke bepalingen of rechterlijke uitspraken door taalverschillen al onkenbaar kan zijn.

587 Standpunten van de partijen

Een laatste verschil betreft het feit, dat in een prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie EU partijen de mogelijkheid krijgen om hun standpunt beargumenteerd naar voren te brengen door opmerkingen in te dienen,[185] en eventueel ook aan de mondelinge behandeling deel te nemen.[186] Ook worden de partijen in het hoofdgeding gezien als de partijen in de prejudiciële procedure,[187] en is het niet 'slechts' een kwestie van interne gerechtelijke communicatie tussen HvJ en nationale rechter. In de meeste besprekingen van het instrument van de intra-Europese prejudiciële vraag wordt deze mogelijkheid niet uitgebreid behandeld,[188] zodat het de vraag is in hoeverre deze mogelijkheid moet worden opengesteld.

8.2.7 Waardering van de verschillende mogelijkheden

588 Maatstaf

Hoe kunnen de bovenstaande instrumenten of voorstellen worden gewaardeerd? Hoe kunnen zij worden verbeterd, en zijn er wellicht andere wegen die nog niet zijn bewandeld? Om die vragen te kunnen beantwoorden, zal worden aangehaakt bij het in paragraaf 8.2.1. gemaakte schema van de manieren waarop de toegang van buitenlands recht kan worden verbeterd. Bekeken zal worden hoe de verschillende voorstellen kunnen worden bezien vanuit het oogpunt van effectiviteit, efficiëntie, legitimiteit, proportionaliteit en subsidiariteit.

---

184 Zie ook Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 26.

185 Zie art. 96 lid 1 sub a van het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van 25 september 2012, PB L 265 van 29 september 2012, met rectificatie in PB L 38 van 9 februari 2013, p. 20), zoals gewijzigd op 18 juni 2013 (PB L 173 van 26 juni 2013, p. 65.

186 Zoals blijkt uit art. 96 lid 2 Reglement procesvoering HvJ EU.

187 Art. 97 Reglement procesvoering HvJ EU.

188 Wel enigszins door Requejo, in: *Les dialogues des juges en Europe* 2014, p. 341-343.

8.2.7.1 Eigen onderzoekingen (I)

589 Verbetering directe toegang tot vreemd recht; voordelen

De rechter kan, zoals ook uit het onderzoek gebleken is, zelf onderzoek verrichten naar de inhoud en de strekking van het buitenlandse recht. Dit is voornamelijk het geval wanneer de rechter gehouden is dat recht ambtshalve toe te passen, zoals in het Nederlandse of het Duitse stelsel. In het Engelse procesrecht is het daarentegen juist verboden dat de rechter, althans buiten partijen om, zich informatie eigen maakt over de inhoud van vreemd recht.[189] De facilitering van 'gerichtsinterne Ermittlungen' of 'Selbstermittlungen' zullen dus slechts van belang zijn voor die stelsels waarin de rechter ofwel de plicht, ofwel de (discretionaire) bevoegdheid heeft om zelf onderzoek naar inhoud en strekking van het toepasselijke recht in te stellen. Dit neemt niet weg dat het verbeteren van de informatiepositie van rechters de noodzaak van het gebruik van ficties als de *fact doctrine* kan ondergraven.

De verbetering van de directe toegang tot rechtsbronnen heeft evidente voordelen. Het is een snel en wanneer de (vertaling van) de rechtsbron gezaghebbend is, ook een zeer effectief middel wanneer het antwoord op de betrokken rechtsvraag in de primaire bronnen zelf te vinden is. Bovendien past deze ontwikkeling in een reeds bestaande trend van digitalisering van juridische informatie, waardoor deze voor de rechtszoekende beter beschikbaar wordt. De kosten in het individuele geval kunnen daarbij laag zijn. Dit laatste gaat in ieder geval op voor de partijen die bij het geding betrokken zijn.

590 Nadelen

Desondanks kennen deze voorstellen enkele nadelen, die ook deels samenhangen met de algemene problemen die met het onderzoek naar vreemd recht gepaard gaan.[190] Zo kan de online verspreiding van primaire rechtsbronnen als wet- en regelgeving en rechtspraak weliswaar de toegang tot het recht verbeteren, maar dan voornamelijk in de oorspronkelijke taal van de staat waar deze informatie op online beschikbaar wordt gesteld. Voor vreemde rechtstoepassers betekent dit dat een vertaling nodig is. Mochten al vertalingen worden gebruikt, zijn deze meestal beperkt tot één of enkele talen, zoals Engels of Frans. Ook zal een algehele vertaling van dergelijke bronnen een omvangrijke klus zijn, die veel tijd en financiële middelen kan kosten. De kosten voor de partijen zullen weliswaar lager zijn, maar de systeemkosten zullen toenemen. Om die reden worden wet- en regelgeving en uitspraken slechts dan vertaald, wanneer het te verwachten is dat een internationaal publiek daarin interesse heeft. Dit gebeurt eerder ad hoc dan structureel.

Een tweede bezwaar is dat de tekst van wetten, zeker wanneer deze is vertaald, een hoge mate van authenticiteit moet bevatten, wil zij althans overtuigend genoeg

189 Het is daarentegen wel mogelijk dat de rechter zelf rechtsbronnen erop naslaat waarnaar in het deskundigenbericht wordt verwezen, maar alleen in de mate waarin daarnaar verwezen wordt. Zie paragraaf 4.3.3.

190 Zie daarvoor, o.a., Kegel 1965, p. 456.

zijn voor de rechter om op basis van die teksten een oordeel over het bestaan of niet-bestaan van subjectieve rechten van een der partijen te kunnen baseren. Dit betekent dat de opsteller en distributeur van die teksten een zekere mate van gezag moet hebben. Hoewel particuliere initiatieven om wetgeving te verspreiden en te vertalen, zoals van academici, zeer overtuigend kunnen zijn, missen zij het gezag dat de overheid wel heeft. Om die reden zou deze informatie van overheidswege beschikbaar gesteld moeten worden. Hiermee hangt samen dat dergelijke informatie ook *actueel* dient te zijn. Dit is een groot bezwaar, waarmee men voornamelijk te kampen heeft bij de door het Europees Justitieel Netwerk beschikbare gestelde online informatie (*European e-Justice Portal* en de *European Judicial Atlas*).[191] Het steeds bijwerken van online informatie is immers een veeleisende activiteit.

Een derde bezwaar is dat naast het kennen van de tekst van wetgeving of andere regelgeving of van jurisprudentie, er ook een zekere kennis aanwezig moet zijn over de structuur en de systematiek van het rechtsstelsel van de betreffende staat. Is een bepaalde wet algemeen of is het een *lex specialis*? Wat is de juridische waarde van een gerechtelijk beleidsdocument (zoals de kantonrechtersformule van de Kring van Kantonrechters of alimentatienormen)? Is er een overgangswet? Is een rechterlijke uitspraak afkomstig van een hogere of een lagere rechter? Zijn er verschillende hoogste rechters en welke is bevoegd (het Bundesgerichtshof of het Bundesarbeitsgericht)? Wat is het processuele karakter van de uitspraak: is een lagere uitspraak '*reversed*', en welke gevolgen heeft dat voor dat deel waartegen niet geappelleerd is? Is sprake van een '*autority*' volgens het Engelse *stare decisis*-stelsel? Dergelijke achtergrondinformatie zou op de één of andere wijze in de informatievoorziening verdisconteerd moeten worden.

Een vierde bezwaar is dat de verspreiding van secundaire rechtsbronnen, zoals literatuur, net zo belangrijk kan zijn als die van primaire bronnen, maar om praktische redenen vaak niet mogelijk is. Want hoewel men kan overeenkomen dat wet- en regelgeving of rechtspraak zonder auteursrechtbescherming online kan worden aangeboden,[192] is een dergelijke regeling voor literatuur een stuk lastiger. Commentaren, handboeken, monografieën, bundels en tijdschriftartikelen zullen meestal zijn onderworpen aan auteursrecht, zodat de verspreiding daarvan maar in beperkte mate mogelijk zal zijn. Afgezien van de auteursrechtenkwestie zal ook een vertaling van dergelijke werken veelal een kostbare en tijdrovende aangelegenheid zijn, waarbij ook het risico bestaat dat het werk inmiddels niet meer actueel is.

8.2.7.2 Assistentie van partijen (II)

591 Kosten

De procederende partijen kunnen bij de vaststelling van de inhoud en strekking van het toepasselijke recht een belangrijke rol spelen. Voor zover het daarbij gaat om de vraag naar de taakverdeling en welke vorm daarbij de meest wenselijke is, kan

191 Zie Verhellen 2016, p. 281-300, i.h.b. p. 290-293.

192 Haagse Conferentie voor IPR, 'Guiding Principles to be Considered in Developing a Future Instrument', Prel. Doc. No. 11 A, Principle 3.

worden verwezen naar paragraaf 7.2.2. Een groot nadeel is echter dat de hulp van partijen kosten kan meebrengen, bijvoorbeeld wanneer zij een juridisch advies willen overleggen. Hoewel de voorbereiding van een procedure al vereist dat partijen zich eerst verdiepen in het mogelijk toepasselijke recht en daarbij het nodige werk te verzetten, neemt niet weg dat een al te zware belasting van partijen voor hun positie nadelig kan uitpakken. Het verdient daarom aanbeveling dat, indien men werkelijk van de hulp van de partijen gebruik wil maken, tenminste aandacht wordt geschonken aan het vraagstuk van de kosten van deskundige adviezen. Het verdient daarom aanbeveling dat, zoals ook besproken zal worden bij de deskundigen, de kosten daarvan worden bestreken door de rechtsbijstand. Ook is het van belang dat de overige vormen van informatieverkrijging worden opengesteld voor verzoeken van partijen, zonder evenwel de verzoeken die van rechters afkomstig zijn te hinderen.

8.2.7.3 Assistentie van buitenlandse administratieve of diplomatieke autoriteiten (III)

592 Verbeterpunten

De Europese Overeenkomst heeft een aantal kenmerken die ook in andere rechtshulpverdragen kan worden aangetroffen. Zo wordt er gewerkt met een systeem van centrale autoriteiten, in ieder geval voor de ontvangst van verzoeken om informatie. Voor het verzenden van dergelijke verzoeken kunnen verdragsluitende staten tevens een verzendend orgaan aanwijzen, maar dit is niet vereist. Normaliter betekent dit dat rechters dergelijke verzoeken rechtstreeks aan buitenlandse ontvangende organen kunnen versturen. De kosten die met deze verzoeken gepaard gaan, worden gedragen door de verdragsluitende staat, tenzij het ontvangend orgaan besluit de beantwoording uit te besteden aan een particuliere jurist of particulier instituut.[193] Het is echter niet duidelijk wanneer dit toegestaan is of onder welke omstandigheden de verzendende rechter of een van de partijen in het geding tegen een dergelijke uitbesteding bezwaar kunnen aantekenen.

Een punt van aandacht is de mogelijkheid om, na het verkrijgen van onvolledige informatie, het opgestelde antwoord terug te sturen om zo aanvullende informatie te verkrijgen. In het huidige systeem bestaat een dergelijke mogelijkheid om 'feedback' te krijgen nog niet en kan alleen het ontvangend orgaan eventueel om additionele informatie vragen. Men zou het systeem kunnen gebruiken om een aanvullende vraag te stellen of uitgebreidere informatie te vragen. Dit zal de effectiviteit van het middel vergroten, aangezien op deze wijze informatie verkregen kan worden die accurater is.

593 Dezelfde procedure, verschillende instanties

Een laatste vraag is hoe omgegaan moet worden met verzoeken om informatie in dezelfde zaak, maar die in verschillende instanties wordt gegeven. Als voorbeeld kan de situatie dienen waarin een rechter in eerste instantie inlichtingen vraagt via de

193 Art. 6 Europese Overeenkomst.

weg van de Europese Overeenkomst, en in hoger beroep één der partijen, eventueel met deskundigenberichten of een juridisch advies, aanvoert dat het antwoord van het ontvangend orgaan onjuist was. Kan in een dergelijk geval het ontvangend orgaan nog wel antwoord geven, of compromitteert het orgaan dan zijn eigen geloofwaardigheid? Moet er binnen het orgaan een andere medewerker worden aangewezen, of moet in dat geval misschien de weg van art. 6 van de Overeenkomst worden gevolgd en de vraag worden uitbesteed aan een particulier instituut of een particuliere jurist? Wie draagt in dat geval de kosten van een dergelijk antwoord? De vergelijking met het vraagstuk van de mogelijke partijdigheid van deskundigen of gespecialiseerde instituten dringt zich op.[194]

594 Europese 'stroomlijning' van de Europese Overeenkomst?

Het is de vraag of het systeem van de Europese Overeenkomst kan worden verbeterd en, zo nodig, kan worden opgenomen in een Europees instrument. Deze techniek is niet nieuw, omdat ook in het verleden de EU reeds bestaande, multilaterale verdragen op het gebied van rechtshulp en gerechtelijke samenwerking in een verordening heeft omgezet. Voorbeelden daarvan zijn het Haags Betekeningsverdrag, dat de inspiratie vormde voor de Betekeningsverordening,[195] en het Haags Bewijsverdrag, dat een Europese pendant kent in de vorm van de Bewijsverordening.[196] Mogelijk kan op Europees vlak ook een 'Inlichtingenverordening' in een vergelijkbare zin worden opgesteld, op grond waarvan de gerechten van de lidstaten aan de centrale autoriteiten van andere lidstaten om informatie over het rechtsstelsel kunnen verzoeken.

Ook is het mogelijk om, binnen de kaders van het huidige systeem van de Europese Overeenkomst, in Europees verband de uitwerking van dit verdrag te stroomlijnen door op Europees vlak nieuwe uitvoeringswetgeving vast te stellen voor die lidstaten, die reeds partij zijn bij de Europese Overeenkomst. Zo kunnen eisen worden gesteld met betrekking tot de termijn waarbinnen de aangezochte centrale autoriteit met een antwoord dient te komen, maar ook ten aanzien van de

194 Zie bijvoorbeeld het Zwitserse geval, waarin een dergelijke vraag aan de orde kwam in verband met een advies van het Zwitsers Instituut voor Rechtsvergelijking (ISDC), aangehaald bij Kiestra, *The Impact* 2014, p. 190-191.

195 Verdrag inzake de betekening en de kennisgeving van in het buitenland van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke en handelszaken, Den Haag 15 november 1965, *Trb*. 1966, 91, resp. Verordening (EG) nr. 1393/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 13 november 2007 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken (de betekening en de kennisgeving van stukken), en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad, *PbEG* 2007, L 324/79. De Betekeningsverordening 2007 is op haar beurt voorafgegaan door Verordening (EG) nr. 1348/2000 van de Raad van 29 mei 2000 inzake de betekening en de kennisgeving in de lidstaten van gerechtelijke en buitengerechtelijke stukken in burgerlijke of in handelszaken, *PbEG* 2000, L 160/37.

196 Verdrag inzake de verkrijging van bewijs in het buitenland in burgerlijke en handelszaken, Den Haag 18 maart 1970, Trb. 1979, 38, resp. Verordening (EG) Nr. 1206/2001 van de Raad van 28 mei 2001 betreffende de samenwerking tussen de gerechten van de lidstaten op het gebied van bewijsverkrijging in burgerlijke en handelszaken, *PbEG* 2001, L 174/1.

het niveau en de diepgang van de antwoorden. Als voorwaarde kan worden gesteld dat het antwoord wordt gegeven binnen twee maanden na ontvangst van het verzoek om inlichtingen,[197] en dat het ontvangende orgaan de vraag niet uitbesteed aan een particuliere jurist dan nadat het daartoe toestemming van de verzoekende rechter heeft gekregen.

8.2.7.4 Assistentie van buitenlandse rechterlijke autoriteiten (IV)

595 Verschillende vormen

Wanneer gebruik wordt gemaakt van de hulp van buitenlandse rechters, kunnen twee modellen worden onderscheiden. Ten eerste kan de samenwerking met vreemde rechterlijke autoriteiten op dezelfde manier plaatsvinden als in het geval van diplomatieke of bestuurlijke samenwerking. Deze situatie is dezelfde als onder de Europese Overeenkomst of het in 1900 al door de Oostenrijks-Hongaarse delegatie bij de Haagse Conferentie voor IPR voorgestelde systeem van '*certificats de législation*'. Het enige verschil is in dit geval dat de behandeling en de beantwoording van de verzoeken wordt afgedaan door rechterlijke autoriteiten in plaats van diplomatieke of bestuurlijke functionarissen. Voor het overige kan het werk inhoudelijk gezien hetzelfde zijn. Het kan gaan om verzoeken om informatie, zoals kopieën van primaire rechtsbronnen of literatuur, of om de beantwoording van rechtsvragen. In zekere zin kan ook het door Remien voorgestane model van '*Vorlageverfahren*' onder deze categorie worden geschaard. Immers, in zijn optiek moet de bevoegdheid tot het stellen en beantwoorden van rechtsvragen niet bij een bepaalde rechter worden geconcentreerd en zou het antwoord geen dwingend karakter moeten hebben.[198] Op hoofdlijnen komt dat overeen met het systeem van de Europese Overeenkomst.

Ten tweede is het mogelijk dat de rechter van de staat waarvan het recht van toepassing is om een prejudiciële beslissing wordt gevraagd, vergelijkbaar met de manier waarop rechters van lidstaten een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EU kunnen voorleggen.[199] De rechter van de staat die problemen ondervindt bij de toepassing van het recht van een andere lidstaat kan in dat geval een aan de rechter van die lidstaat vragen een beslissing te geven over die vraag. De rechter van de andere lidstaat kan vervolgens binnen een bepaalde termijn, eventueel na het horen van de partijen, deze vraag beantwoorden. Vervolgens kan de verzendende rechter, na ontvangst van de prejudiciële beslissing, het antwoord van zijn buitenlandse collega in de beoordeling betrekken.

Deze twee modellen, hier kortweg aangeduid als een 'inlichtingenprocedure' en prejudiciële procedure, kunnen op verschillende wijzen worden aangekleed, en om de reden elkaar soms dicht benaderen. Zo komt de procedure van de Amerikaanse

197 Uit onderzoek lijkt de gemiddelde termijn voor een antwoord onder de Europese Overeenkomst twee maanden te duren, zie Von Bar/Mankowski, *IPR* 2003, p. 421; Otto, in: *Festschrift Karl Firsching* 1985 p. 223.

198 Zie Remien, in: *Aufbruch nach Europa* 2001, p. 627-629.

199 Art. 267 VWEU.

UCQLA dicht in de buurt van het concept van de prejudiciële procedure, zoals dat in de EU bekend is. Aan de andere kant lijkt het model dat Remien voorstaat, en volgens welke zowel lagere als hogere rechters om informatie kunnen vragen aan een vreemde rechter van een corresponderende 'rang', en wiens antwoord verder ook niet dwingend van aard is, eerder dichter in buurt van te komen van het model van de Europese Overeenkomst. Om die reden is het van belang om in te zien dat het doel van het middel duidelijk omlijnd is: gaat het 'slechts' om het verkrijgen van informatie over een rechtssysteem waarmee de rechter niet bekend is, en dus om wat in het voorgaande wel het 'kennisprobleem' is genoemd? Of betreft het een vraag van hoe de verkregen informatie moet worden geïnterpreteerd en toegepast, en wordt voornamelijk aansluiting gezocht bij het gegeven dat de vreemde rechter het meest omvattende gezag over zijn eigen recht kan doen gelden?

596 Voor- en nadelen

Het grote voordeel van de omstandigheid dat de hulp van een rechters wordt gezocht wiens rechtsstelsel ook materieel gezien van toepassing is, is dat een dergelijk middel gewoonlijk een hoge mate van effectiviteit kent. De rechters om wiens hulp wordt verzocht, zijn immers bekend met het toe te passen recht en kunnen in het geval van uitlegproblemen een goede inschatting maken van de meest gangbare, door de hoogste rechter te volgen interpretatie. Dit wordt versterkt wanneer een hogere of zelfs de hoogste rechter om dergelijke assisantie wordt gevraagd. Een tweede voordeel is dat een dergelijke vraag niet alleen nuttig is voor de verzoekende rechter, maar ook voor andere actoren. Zo zou ook het Hof van Justitie EU ervan gebruik kunnen maken wanneer het informatie nodig heeft over de toepassing van het nationale recht van een lidstaat.[200] Voorts kan het antwoord op de gestelde vraag, zeker wanneer deze gaat over de exacte uitleg van het toe te passen recht en de beantwoording van de vraag wordt gepubliceerd, ook van belang zijn voor de rechtsontwikkeling van het recht van de antwoord gevende rechter, bijvoorbeeld wanneer dat recht bepaalde lacunes kent.

Het grote nadeel van de inlichtingenprocedure of de prejudiciële procedure is dat het voor de procesefficiëntie nadelig kan uitpakken vanwege de hogere kosten en de opgelopen vertraging van het proces. Ook zitten er aan een dergelijke prejudiciële vraag allerlei procedurele haken en ogen. Want moeten partijen worden gehoord door de rechter die de gestelde vraag moet beantwoorden? Hoe zit het met vereisten van rechterlijke onpartijdigheid, in het geval dat de antwoordende rechter bijvoorbeeld deze vereisten schendt? Hoe zit het moet de al dan niet vaststaande feiten? En hoe moet het antwoord worden gezien: is het een 'vreemd vonnis' dat in het oorspronkelijke vonnis moet worden geïncorporeerd? Is het een advies, waarmee de verzoekende rechter rekening kan houden? Kortom, in hoeverre kan aan het antwoord een dwingend karakter worden toegekend? En kan het antwoord eventueel worden geweigerd?

200 Zie paragraaf 5.3.5.2.

597 Slechts bij uitlegvragen

Al met al is het inroepen van de assistentie van een vreemde rechter wiens recht van toepassing is een zeer kostenverhogende en vertragende aangelegenheid, die ook nog eens aanleiding geeft tot allerlei procedurele vraagstukken. Het lijkt daarom met het oog op de procesefficiëntie het meest aangewezen om dit middel slechts te benutten wanneer de effectiviteit ervan het grootst is. In de overige gevallen kan het voordeel mogelijk niet meer opwegen tegen de nadelen. Wanneer deze belangen worden afgewogen, lijkt het voor de hand te liggen om dit middel, net als in het geval van een prejudiciële vraag in EU-verband, slechts te hanteren voor het oplossen van interpretatie- en toepassingsproblemen.[201] Voor vragen om louter inlichtingen over een rechtsstelsel waarvan de primaire bronnen nog niet bekend zijn, kan beter een andere weg worden gevolgd. Zo is het mogelijk om de werkwijze onder de bestaande Europese Overeenkomst, althans wat uitvoering in de lidstaten van de EU betreft, te stroomlijnen, of zelfs een nieuwe 'inlichtingenverordening' te ontwerpen. Indien de hulp van gerechtelijke instanties wordt ingeroepen, lijkt het model van de intra-Europese prejudiciële vraag echter een beter alternatief dan de voormelde 'inlichtingenprocedure'. In het verlengde daarvan is het eveneens adequaat om de verzoekende rechter te binden aan de beslissing van diens buitenlandse collega. Voor zover de procedure immers voor uitlegvragen wordt gebruikt, kan een dergelijk bindend karakter het nadeel van de verminderde procesefficiëntie compenseren. Wel zal deze bindende werking slechts moeten gelden voor de inhoud en uitleg die aan het recht wordt gegeven, en niet aan overwegingen van feitelijke aard of aan (her)kwalificaties.[202]

598 Welke rechters?

Verder komt de vraag op welke rechters een prejudiciële vraag mogen stellen en welke rechters deze mogen beantwoorden. Twee belangrijke overwegingen spelen hierbij een rol. Ten eerste zal er een zeker vastomlijnd feitencomplex moeten bestaan en zullen de rechtsvragen al min of meer uitgekristalliseerd moeten zijn, wil een vraag over interpretatie en toepassing van het vreemde recht nut hebben. Dit zal eerder het geval zijn indien de procedure zich in een verdergevorderd stadium bevindt. Ten tweede zal, in het geval van een vraag over interpretatie, een hogere rechter over het algemeen meer gezag hebben zich uit te spreken over de juiste toepassing dan een lagere rechter. De lagere rechter mag weliswaar gezaghebbend zijn, maar dit gezag wordt mede bepaald door de aanwezigheid van rechtsmiddelen. Het is zeer inefficiënt om in een vreemde staat nog de mogelijkheid van een hogere instantie open te stellen als een waarborg tegen een inhoudelijk gezien onjuist

201 Een voorbeeld is Rb. Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16252, *NIPR* 2017/147, waarin de procespartijen alleen maar twistten over de exacte interpretatie van art. 179 van de Italiaanse *Codice civile*.

202 Zie over de wenselijkheid van het bindende karakter ook Requejo, in: *Les dialogues des juges en Europe* 2014, p. 336-339.

antwoord.[203] Deze twee overwegingen nopen tot de conclusie om de prejudiciële vraag te laten beantwoorden door de hoogste rechterlijke instantie. Slechts in het geval dat de hoogste rechter te zwaar belast zou worden met de beantwoording van deze vragen, zouden ook lagere rechters, zoals rechters in de voorlaatste instantie (appelrechters), tot het geven van een dergelijk antwoord bevoegd mogen worden gemaakt.

Het is een andere vraag of het noodzakelijk is om de beantwoording van de gestelde vraag nog vooraf te laten gaan door een conclusie van een advocaat- of procureur-generaal of daarmee vergelijkbare functionaris, zoals dat ook gebeurt bij een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie EU. Het nadeel van een dergelijke 'tussenstap' is dat dit veel tijd kan kosten en dus vertragend kan werden; de procesefficiëntie is daarmee dus niet gediend. Het al dan niet aanwezig zijn van de mogelijkheid een conclusie A-G of vergelijkbaar instituut, kenmerkt (wederom) het onderscheid tussen een 'zuivere' inlichtingenprocedure en een prejudiciële procedure. Terwijl in het eerste geval een dergelijk middel immers niet noodzakelijk hoeft te zijn en gewoonlijk afwezig zou zijn, is het in het tweede geval niet ongebruikelijk om een dergelijke conclusie toe te staan. Een conclusie van een met een A-G (of P-G) vergelijkbaar instituut moet worden overgelaten aan het betreffende rechtsstelsel. Het is mogelijk dat de gestelde vraag in de staat van de ontvangende rechter eigenlijk geen controversiële aangelegenheid betreft en dus gemakkelijk beantwoord kan worden. In dat geval kan van een dergelijke conclusie A-G worden afgezien, omdat het toch geen toegevoegde waarde heeft. Daarentegen zal een conclusie A-G wel genomen moeten worden, indien dit in een intern geval onder gelijke omstandigheden ook het geval zou zijn. Dit wordt immers vereist door het gelijkwaardigheidsbeginsel, als een van de voorwaarden van de procesautonomie van lidstaten.[204]

599 Termijn

Ten aanzien van de termijn waarbinnen het prejudiciële antwoord moet worden gegeven, is het vanuit het oogpunt van procesefficiëntie aan te bevelen dat dit zo spoedig mogelijk gebeurt, of althans binnen een redelijke termijn. Om de problemen te voorkomen die met de Europese Overeenkomst gepaard gaan, zal een minimumtermijn de gewenste duidelijkheid bieden. Bij het vaststellen van zo'n termijn kunnen de ervaringen met de Europese Overeenkomst, maar ook met andere manieren om informatie over vreemd recht te verkrijgen, als inspiratiebron worden gebruikt. Deze termijn kan worden gesteld op zes tot twaalf maanden. Binnen die periode moet een rechter in staat zijn een vraag over diens eigen recht te beoordelen.[205] Voorts is het niet onmogelijk om met instemming van de verzendende

203 Vgl., m.b.t. tot de UCQLA, ook 'The Uniform Certification of Questions of Law Act', *Iowa L. Rev.*1969, p. 465-476, i.h.b. p. 472.

204 Zie paragraaf 5.3.2. en 5.3.4.

205 Vgl. de prejudiciële procedure bij de Hoge Raad (art. 392 e.v. Rv); de Hoge Raad verwachtte een termijn van zes tot twaalf maanden voor het beantwoording van dergelijke vragen. Zie *Kamerstukken II* 2010-11, 32 612, nr. 6, p. 4 (Nota naar aanleiding van het Verslag).

rechter en de partijen een verlenging te vragen. Dit zal, vanwege de houding van de procespartijen zelf, dan geen schending van het redelijke termijn-vereiste van art. 6 lid 1 EVRM opleveren.[206]

600 Weigering van prejudiciële beslissing?

Voorts is het wenselijk om, wanneer de vreemde rechter een prejudiciële beslissing heeft gegeven, de ontvangende rechter de mogelijkheid te geven deze te weigeren, of althans daaraan niet gebonden te zijn, wanneer deze beslissing manifest strijdig met de vereisten van de openbare orde is, meer in het bijzonder met de vereisten van een eerlijk proces. Toegegeven moet worden dat er geen sprake is van de erkenning van een vreemd vonnis in strikte zin. Ook zal het EHRM, vanwege de *Bosphorus*-jurisprudentie, een individuele lidstaat mogelijk niet aansprakelijk houden voor een mensenrechtenschending wanneer deze bij de uitvoering van een regel van Unierecht geen beoordelingsvrijheid had.[207] Dat neemt niet weg dat vanuit het oogpunt van de procespartijen er een mechanisme moet bestaan om flagrante schendingen van het recht op een eerlijk proces tegen te kunnen gaan. Dit mechanisme kan verschillende vormen aannemen. Ingeval er wordt uitgegaan van een binding van het gerecht van een lidstaat aan de prejudiciële beslissing, kan deze binding worden opgeheven als wordt geconstateerd dat er bijvoorbeeld sprake is van een apert partijdige prejudiciële beslissing. De ontvangende rechter kan in zo'n situatie de beslissing terzijde schuiven en zelf een interpretatie aan het vreemde recht geven.

8.2.7.5 Assistentie van derden: deskundigen en amici curiae (V)

601 Vormen

De hulp van deskundige derden kan op verschillende manieren worden ingeroepen. Zo is het mogelijk dat de rechter een deskundige benoemt, die een bericht opstelt over de inhoud en strekking van een bepaald rechtsstelsel. Ook is het mogelijk dat beide partijen hun eigen deskundigen voordragen. Voorts kan deskundige hulp ook een andere, meer geïnstitutionaliseerde vorm hebben, waarbij een academische of overheidsinstelling wordt gevraagd een advies op te stellen. Tot slot is er de mogelijkheid om gebruik te maken van de figuur van de *amicus curiae*, een 'vriend van de rechter', die de rechter, meestal ongevraagd, zijn (juridische) visie op een lopende procedure geeft.

602 Voor- en nadelen

Het gebruik van deskundige hulp heeft als voordeel dat op die manier niet wordt volstaan met het raadplegen van enkel primaire bronnen, maar dat de rechtsvraag wordt geduid tegen de achtergrond van het rechtssysteem *in toto*. Om die reden is in

206 Zie paragraaf 5.2.2. en 5.2.3.
207 Zie paragraaf 5.4.

het Access to Foreign Law-project van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht de totstandbrenging van een netwerk van instituten en experts voorgesteld om op de gecompliceerdste rechtsvragen een antwoord te kunnen geven. Helaas kent ook het gebruik van deskundige informatie zijn beperkingen. Zo zouden de antwoorden van deskundigen, die immers vaak een academische achtergrond hebben, vaak te abstract zijn en zouden de conclusies te voorzichtig zijn.[208] Verder kan het gebruik van deskundige informatie weliswaar het kennisgebrek van de rechter verhelpen, maar biedt het geen oplossing voor het al genoemde gezagsprobleem.[209] Wanneer een deskundige wordt geconfronteerd met een interpretatieprobleem, zal ook hij niet anders kunnen dan zich een waarschijnlijkheidsoordeel over de uitleg te vormen. Op inhoudelijk vlak moge zijn gezag groot zijn, maar formeel gezien heeft hij niet het laatste woord over de koers van de rechtsontwikkeling in de oorssprongsstaat. Deze bevoegdheid komt slechts de vreemde rechter of wetgever toe.

Verder kent het deskundigenbewijs drie belangrijke nadelen. Ten eerste is soms moeilijk in te schatten of een deskundige wel genoeg expertise bezit om als zodanig in een procedure op te treden. Zowel de rechter als de partijen hebben wat dat betreft een informatietekort. Daaraan verwant is het tweede probleem, namelijk dat het aantal deskundigen beperkt kan zijn. Zeker in kleinere rechtsstelsels kan dit een groot probleem zijn. Een beperkte kring van deskundigen houdt het risico in dat er een grote onderlinge interactie tussen beroepsbeoefenaren bestaat en daarmee het gevaar aanwezig is dat zij partijdig kunnen (lijken te) zijn. Een dergelijke partijdigheid kan afstralen op de rechter, en het gegeven dat de betrokken staat demografisch gezien een kleine bevolking heeft is, kan daarvoor niet als rechtvaardiging dienen.[210] Tot slot is het een probleem dat de kosten van deskundigenberichten hoog kunnen oplopen. Aan de kosten zal ofwel een limiet gesteld moeten worden, ofwel moeten deze al dan niet volledig vergoed moeten worden. Anders bestaat het gevaar dat de kosten voor de partijen zodanig hoog oplopen, dat het aanhangig maken van een procedure voor hen zinledig wordt.

Voorts is er het verschil tussen een deskundige uit de forumstaat en een deskundige uit het buitenland. De eerste is vanwege diens expertise in staat om een rapport inzake de inhoud van vreemd recht op te stellen, terwijl hij tevens bekend is met het rechtsdenken van de rechter die het geval moet beslechten en zo een 'vertaalslag' kan maken. Aan de andere kent heeft de buitenlandse deskundige mogelijk een beter inzicht in en ervaring met de manier waarop het vreemde recht wordt toegepast in de staat van herkomst. Ook kan een 'eigen' deskundige mogelijk een te 'forale' invulling aan het buitenlandse recht geven.[211] Daarbij zal het afhangen van de moeilijkheid van de voorliggende rechtsvraag en de soort informatie die men wilt inwinnen: gaat het slechts om een positiefrechtelijke vraag, dan kan een 'eigen'

---

208 Zie bijvoorbeeld De Boer, in: *Voorkeur voor de lex fori* 2004, p. 205, vtnt. 13.

209 Zie Hoofdstuk 7.

210 Vgl., *mutatis mutandis*, EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*), r.o. 41.

211 Vgl. ook Küster, *Ermittlung ausländischen Rechts* 1995, p. 86-88.

deskundige worden benaderd, maar wanneer het tevens om de interpretatie van vreemd recht gaat, is een buitenlandse expert misschien beter toegerust de vraag te beantwoorden.[212]

603 Amicus curiae

Het behoort ook tot de mogelijkheden om het concept van de amicus curiae te gebruiken teneinde de rechter aan de benodigde informatie over vreemd recht te laten beschikken. Deze mogelijkheid is ook al door Kühne onderzocht.[213] Het concept van de amicus curiae heeft voornamelijk een achtergrond in de common law, en heeft in de continentale rechtsstelsels geen vergelijkbare status.[214] Een van de oorzaken daarvan kan worden gevonden in de omstandigheid dat continentale rechtsstelsels vaak bijzondere rechterlijke ambtenaren kennen die, al dan niet tot de 'staande magistratuur' behorend, met de bijzondere taak zijn belast om hun (onafhankelijke) opinie te geven op voorgelegde rechtsvragen vóórdat de (hoogste) rechter zich daarover uitlaat. Voorbeelden zijn de advocaten- of procureurs-generaal in de Romaanse rechtstraditie en de *Generalanwälte* in Germaanse stelsels. Daar komt bij dat in de Duitse landen de idee van de 'Aktenversendung' een ingeburgerd fenomeen was, waardoor de rechter op een andere manier rechtsgeleerde adviezen kon inwinnen.[215] Voorts worden deskundigen in civil law-stelsels vaak op initiatief van de rechter benoemd, wat in schril contrast staat met de experts in het common law-proces, die immers vooral door partijen worden geïnstrueerd. In dat laatste geval kan er een behoefte bestaan aan deskundige informatie van een derde, zoals de *amicus curiae*.

Afgezien van de vraag of het instituut van de *amicus curiae* goed valt in te passen in de meeste Europese rechtsstelsels, is het een andere vraag of het wenselijk is om een dergelijk instituut toe te staan. Op zichzelf is er geen bezwaar tegen het gebruik van een *amicus curiae* als aanvullend mechanisme. Vereist is dan wel dat aan de belangen van de partijen wordt tegemoetgekomen,[216] voornamelijk door hen in staat te stellen zich uit te laten over zowel het toestaan van een '*amicus curiae brief*' als over de inhoud daarvan.[217] Gezien het discursieve karakter van het onderwerp – het bepalen van de juiste betekenis van vreemd recht – is het de vraag of ook de reeds benoemde deskundigen op een *amicus brief* zouden moeten kunnen reageren. Het zou de kwaliteit van de rechtsvinding in ieder geval ten goede komen.

Het gevaar dat de indiening van een dergelijke document de onafhankelijkheid van de rechter kan aantasten,[218] is niet wezenlijk anders dan bij deskundigenbewijs, vooral wanneer de deskundige door de rechter wordt benoemd. Ook in dat geval zal

212 Vgl. ook Küster, *Ermittlung ausländischen Rechts* 1995 p. 86-92.
213 Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 209 e.v.
214 ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure, Principle 13, P-13C.
215 Zie ook Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 198-207.
216 Aldus ook Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 249-250.
217 ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure, Principle 13.
218 ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure, Principle 13, P-13B; Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 249.

de rechter in hoge mate afhankelijk zijn van de deskundige. Wel kan de omstandigheid dat een dergelijke '*amicus brief*' door een belangen- of anderszins ideologisch geïnspreerde organisatie wordt ingediend, mogelijk een versterkende rol spelen bij de afweging of de deskundige, en indirect de rechter, partijdig is in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.[219] Verder spelen ook de problemen van gezaghebbendheid en taal een rol. Of de *amicus* inderdaad de vereiste kennis heeft om diens stellingen te onderbouwen, zal door de rechter van geval tot geval beoordeeld moeten worden. Ingeval het een buitenlandse *amicus* betreft, steken vertaalproblemen de kop op. In zoverre is er weinig verschil met een 'gewone' deskundige. Daarentegen zullen de kosten van een 'brief' voor de rekening van de betrokken *amicus* blijven en niet ten laste van de staat of van de partijen komen.[220] Dit is het gevolg van het gegeven dat de *amicus* zelf het initiatief voor zijn betrokkenheid neemt.

Het is de vraag of er duidelijke richtlijnen moeten komen voor het toestaan van '*amicus curiae briefs*'. Het kan namelijk als onwenselijk worden ervaren indien dit een discretionaire bevoegdheid van de rechter zou zijn.[221] Het belang van de voortgang van de procedure is een belangrijke overweging om daarbij in acht te nemen. Het meenemen van de zienswijze van een *amicus* zal daarom een inhoudelijke bijdrage moeten leveren aan het verhelpen van het kennisgebrek van de rechter. Gezien de impact op de voortgang van de procedure – partijen moeten immers in staat worden gesteld om te reageren[222] – zal dit vooral bij interpretatieve vragen een belangrijke rol kunnen spelen. Het zal in dat geval vooral als een aanvullend mechanisme beschouwd moeten worden.

8.3 Conclusies

604 Coöperatie boven unificatie

Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat een verbeterde toegang tot de inhoud van het recht van andere staten op bovenstatelijk vlak de voorkeur verdient boven het harmoniseren van de regels inzake de processuele status van dat recht. De redenen die daarvoor aangevoerd kunnen worden, zijn gelegen in de omstandigheid dat een opgelegde plicht tot ambtshalve toepassing van buitenlands recht geen garantie is voor de juiste rechtstoepassing. In plaats daarvan is vanuit het oogpunt van effectiviteit, maar ook van efficiëntie, legitimiteit en proportionaliteit aan te bevelen om de aandacht te richten op de verbetering van de toegang tot de inhoud van het buitenlandse recht. Daarbij dient het totaal van de kosten – dat wil zeggen, zowel de door de partijen gedragen kosten als door de overheid gedragen systeemkosten gezamenlijk – zo laag mogelijk te worden gehouden. Dit betekent dat een meervoudige benadering, waarbij verschillende wegen worden bewandeld om de toegang tot vreemd recht te versterken, de voorkeur verdient.

---

219 Zo ook Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 222. Zie verder paragraaf 5.2.5.3.

220 Aldus ook Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 249.

221 Volgens ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure, Principle 13, P-13B, is het een 'discretion of the court' of de zienswijze van een *amicus curiae* in acht wordt genomen.

222 Vgl., in meer algemene zin, Kühne, *Amicus curiae* 2015, p. 223.

9. AANBEVELINGEN

605 Plan van behandeling

In het voorgaande zijn de verschillende mogelijkheden besproken om de rechtstoepassing in grensoverschrijdende situaties te versterken. Daarbij is gekeken naar zowel de processuele status van verwijzingsregels en van vreemd recht als naar de manieren om de daadwerkelijke toegang tot het vreemde recht te verbeteren. Dit betreft het 'wat' van de problematiek. De volgende vraag die moet worden beantwoord, is *hoe* aan deze standaardnormen vorm kan worden gegeven. Welke mogelijkheden bestaan er op bovenstatelijk niveau, en hoe kunnen deze worden gewaardeerd (paragraaf 9.1.)? Bestaan er op dat vlak wellicht alternatieven die de problematiek op een andere manier kan verhelpen (paragraaf 9.2.)? En, tot slot, wat brengt een en ander mee voor de Nederlanse situatie (paragraaf 9.3.)?

9.1 Voorstel voor een nieuw instrument

606 Voorstellen

Welke actie kan er op bovenstatelijk niveau worden ondernomen om de toepassing van buitenlands recht te versterken? Op deze vraag kunnen verschillende antwoorden worden gegeven. Om te beginnen is het mogelijk dat op supra- of internationaal niveau de processuele status en behandeling van buitenlands recht wordt geünificeerd of geharmoniseerd. Hoewel een dergelijke unificatie in beginsel niets zegt over de benadering van het buitenlandse recht, en de eenvormige regeling zowel kan voorschrijven dat conflicten- en vreemd recht ambtshalve door de rechter wordt toegepast of dat dit juist aan de partijdispositie kan wordt overgelaten – wordt door de voorstanders van unificatie meestal de ambtshalve toepassing bepleit. De noodzaak van unificatie zou in dat geval zijn gelegen in de omstandigheid dat de doelstellingen van het conflictenrecht en van conflictenrechtelijke unificatie anders zinledig zouden worden. Door een verscheidenheid aan benaderingen op nationaal vlak zou de uniformiteit van beslissingen, en daarmee de voorspelbaarheid van het verwijzingsresultaat van de eenvormige conflictregel, worden gedwarsboomd. Ook zou de aard van het conflictenrecht, met diens sterke nadruk op de nauwste verbondenheid, gebieden dat de rechter uit eigen beweging op zoek gaat naar het toepasselijke recht en zo de internationale beslissingsharmonie dient. Kortom: in

hun visie wettigt het belang van het eenvormige conflictenrecht de gevolgtrekking dat het adagium *iura novit curia* in eenvormige regels wordt gesanctioneerd. Voorts is het, als tweede optie, mogelijk dat de aandacht wordt gevestigd op de verbetering van de informatieuitwisseling en de grensoverschrijdende samenwerking op het gebied van het buitenlandse recht.

9.1.1 Eenmaking van de processuele status van vreemd recht: naar een 'Rome 0'-verordening?

607 Unificatie van processuele status

De opvatting dat de ambtshalve toepassing van zowel conflictenregels als het buitenlandse recht ambtshalve moet worden toegepast, staat niet alleen. In het verleden zijn er al voorstellen in vergelijkbare zin gedaan. Het Europees Parlement heeft zich er immers al een voorstander van betoond dat de plicht om tot de ambtshalve toepassing over te gaan in een Europees instrument wordt vastgesteld.[1] De Madrid Principles, die de uitkomst zijn van het onderzoek door de Universiteit van Valencia, haken ook aan bij de ambtshalve toepassing van buitenlands recht.[2] In zijn 'Embryon de Règlement portant Code européen de droit international privé'[3] gaat ook Lagarde er vanuit dat de rechter het buitenlands recht ambtshalve moet toepassen, wanneer het althans is aangewezen door één van de conflictregels uit het door hem ontworpen voorstel.[4] De idee van een Europese codificatie van ipr, en vooral van de algemene leerstukken van het ipr, is aanleiding geweest voor de discussie over de zogenaamde 'Rome 0-Verordening', die in paragrafen 9.1.1. en 9.1.1.4. nader zal worden besproken. Ook in dat verband wordt de ambtshalve toepassing van conflictenrecht en van buitenlands recht gerekend tot het algemeen deel van het conflictenrecht dat in een dergelijke verordening een plaats zou behoren te krijgen.

608 Buiten de EU

De ambtshalve toepassing is echter ook buiten de context van het Europese integratieproces al bepleit. Lang voordat de idee van een 'ruimte van vrijheid, veiligheid en recht' zich had ontwikkeld, had Frankenstein in zijn werk 'Projet d'une code européen de droit international privé', dat op zichzelf reeds visionair genoemd kan worden, al voorgesteld de rechter op zijn minst de toepasselijkheid

---

1 Zie Hoofdstukken 1 en 5.

2 Principle IV: 'Application of foreign law should be made *ex officio* by the national authorities, which must use its best endeavours to ascertain the content of foreign law.'

3 Opgenomen als annex bij J. Basedow, 'Berichte. Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts', RabelsZ 2011, p. 671-676.

4 In voorgesteld art. 133, eerste gedachtestreeptje: 'Le contenu du droit étranger applicable en vertu de la présente loi est établi d'office par le juge, qui peut requérir la collaboration des parties.'

van het buitenlands recht ambtshalve te laten nagaan.[5] De rechter was volgens Frankenstein echter niet gehouden om de inhoud van het buitenlandse recht te kennen.[6] Integendeel: tenzij de rechter voldoende informatie over vreemd recht zou hebben, zou het in beginsel op de weg van de daarbij belanghebbende procespartij liggen om de inhoud van dat recht te bewijzen.[7] Slechts wanneer dat bewijs ontoereikend was, zou gebruik gemaakt kunnen worden van bijzondere 'bureaus'.

Op mondiaal niveau heeft het *Institut de Droit international* naar aanleiding van een sessie in Santiago de Compostela in 1989 een resolutie vastgesteld inzake de gelijke behandeling van eigen recht en vreemd recht door de nationale rechter.[8] In de aanbevelingen onder II ('Mise en oeuvre de la règle de conflit'), wordt er vanuit gegaan dat de conflictregel een dwingend karakter heeft, om welke reden aan staten de aanbeveling wordt gedaan om van hun autoriteiten te vereisen dat zij ambtshalve de vraag naar de toepasselijkheid van de conflictregel opwerpen en het daardoor aangewezen recht toepassen.[9] In mindere mate behandelen de ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure[10] de toepassing van vreemd recht. Deze Principles rekenen de vraag naar de vaststelling van de feiten en het recht, met inbegrip van vreemd recht, tot de verantwoordelijkheid van de rechter.[11]

Op internationaal niveau kan eveneens worden gedacht aan de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht. Aangezien de Haagse Conferentie het echter niet haalbaar achtte om op mondiaal niveau een dergelijke eenmaking voor elkaar te krijgen, zal de voornaamste actor op dit gebied de Europese Unie zijn. Het is daarom de vraag in hoeverre een Europees instrument, zoals de zogeheten 'Rome 0'-verordening of vergelijkbaar instrument, ook tot stand kan worden gebracht, en welke elementen daarbij in ogenschouw genomen moeten worden.

---

5 Frankenstein 1950, p. 143, art. 682: 'Le tribunal examinera d'office quelle est la loi applicable à la question qui lui est soumise'.

6 Art. 683, eerste zin: 'Le tribunal n'est pas tenu de connaître la loi étrangère'.

7 Zo stelde Frankenstein voor dat '(…) le tribunal invitera la partie qui doit y fonder ses droits à prouver quelles sont les dispositions applicables dans le cas particulier et quelle interprétation leur est donnée par la jurisprudence et la doctrine étrangères' (Frankenstein 1950, p. 143, art. 684, eerste zin).

8 Institut de Droit international, 'L'égalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère', sessie te Santiago de Compostela, 1989.

9 Aanbeveling II.a): 'Etant donné le caractère obligatoire de la règle de conflit, qu'elle désigne la loi étrangère ou la loi du for, il est recommendé aux Etats, dans la mesure où leurs règles générales de procédure le permettent,
- d'imposer à leurs autorités compétentes de soulever d'office la question de l'applicabilité de la règle de conflit, et
- dans le cas où cette applicabilité est admise, d'appliquer d'office la loi étrangère que cette règle désigne.'

10 'ALI/Unidroit Principles of Transnational Civil Procedure', *Uniform Law Review* 2004, afl. 4, p. 758-808.

11 Principle 22.1: 'The court is responsible for considering all relevant facts and evidence and for determining the correct legal basis for its decisions, including matters determined on the basis of foreign law'. Wel is het volgens Principle 22.4 toegestaan dat de rechter gebruik maakt van deskundigen om de inhoud van buitenlands recht te bepalen.

9.1.1.1 Opgelegde ambtshalve toepassing of decentralisatie?

609 'Algemeen deel' van het Europees ipr

Zoals gesteld, had het Europees Parlement, bij monde van de Commissie Juridische Zaken, voorgesteld om in de Rome II-verordening de ambtshalve toepassing van de verwijzingsregels en het buitenlands recht voor de nationale rechter verplicht te stellen. Maar is het ook wenselijk dat er een Europees instrument tot stand wordt gebracht, waarin de verschillende deelproblemen van de toepassing van vreemd recht in het civiele geding – en mogelijk ook daarbuiten – worden gereguleerd? Bestaat daarvoor een grondslag? En zo ja, in hoeverre kunnen de daarmee beoogde doelstellingen daadwerkelijk worden behaald?

De idee dat het Europese ipr een 'algemeen deel' nodig zou hebben, is door sommige schrijvers reeds besproken.[12] Het wordt als een gemis ervaren dat bij de huidige stand van het Europese ipr er geen algemene bepalingen zijn die coherentie aan kunnen brengen in het per onderdeel tot stand gebrachte, Unierechtelijke ipr. Sommigen gaan nog verder en wensen zelfs de totstandkoming van een Europees 'wetboek' op het gebied van het internationaal privaatrecht.[13] Het valt buiten het bestek van deze studie om een al te gedetailleerde analyse te maken ten behoeve van de vraag, in hoeverre het opportuun is om een dergelijke 'Rome 0-Verordening' of Europese 'IPR-wet' in het leven te roepen. Om die reden zal slechts de vraag worden behandeld, in hoeverre het wenselijk is om de processuele behandeling van conflicten- en buitenlands recht eenvormig te maken, en of een algemene verordening of 'wetboek' daarvoor het meest wenselijke instrument is.

9.1.1.2 Rechtsgrondslag voor een nieuw instrument

610 Rechtsgrondslag: algemeen

Om met de rechtsgrondslag te beginnen, lijkt er op zowel mondiaal als Europees niveau een voldoende grondslag aanwezig te zijn. Op mondiaal niveau lijkt dit haast vanzelfsprekend; in beginsel mogen soevereine staten immers zelf bepalen in

---

12 Zie o.a. B. Jud, W.H. Rechberger & G. Reichelt, *Kollisionsrecht in der Europäischen Union. Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Wenen: Sramek 2008; J. Basedow, 'Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?', *RabelsZ* 2011, afl. 3, p. 671-676; Wilke, *GPR* 2012, p. 334-341; S. Leible & H. Unberath (red.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2013; S. Leible (red.), *General Principles of European Private International Law. European Monograph Series 95*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2016.

13 Zie, o.a., Asser/Vonken 2018 10-I/76 ('De weg is aldus vrij voor een alomvattende EU-codificatie van het IPR'); algemeen over dit onderwerp: M. Fallon, P. Lagarde & S. Poillot-Peruzzetto, *Quelle architecture pour un Code européen de droit international privé*?, Brussel: Peter Lang 2011; Lagarde, *Embryon*, 2011; E. Jayme, 'Die Kodifikationsidee am Beispiel der kollisionsrechtlichen Parteiautonomie', in: *Kollisionsrecht in der Europäischen Union* 2008, p. 63-75.; K. Siehr, 'Die Kodifikation des Europäischen IPR – Hindernisse, Aufgaben und Lösungen', in: *Kollionsrecht in der Europäischen Union* 2008, p. 77-95.

hoeverre zij zich door middel van verdragen willen laten binden. Ook heeft de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht tot doel om te werken aan de '(…) progressive unification on the rules of private international law'.[14] Hoewel de toegang tot de inhoud van buitenlands recht daar stricto sensu niet onder valt, hangt dat onderwerp er wel zodanig mee samen dat het binnen de bevoegdheidssfeer van de Haagse Conferentie valt.

Wel kunnen andere politieke verbanden aan verdragssluiting in de weg staan, wanneer daarmee het belang van dat politieke verband in gevaar wordt gebracht. Zo heeft de EU immers bepaalde bevoegdheden op het gebied van de justitiële samenwerking in burgerlijke en handelszaken, en op grond van de *implied powers*-doctrine – of *ERTA*- dan wel *EATR*-doctrine – kunnen zij een exclusieve bevoegdheid, die zij in interne gevallen hebben, ook in externe gevallen uitoefenen.[15] Voor samenwerking op het gebied van internationale kinderontvoering in relatie tot de Brussels IIbis-verordening is door het Hof van Justitie al in deze zin geadviseerd.[16] Op het gebied van de uitwisseling van of de verbetering van de toegang tot een buitenlands rechtsstelsels is dit evenwel een minder groot probleem. In tegenstelling tot de Brussels IIbis-verordening schrijft een nieuw te ontworpen instrument op dat vlak immers weinig dwingend voor aan de lidstaten, maar heeft zij eerder een faciliterend karakter. Ook speelt in dit geval niet het probleem dat een ongelijke toepassing van Europese bevoegdheids- of andere regels plaatsvindt, wanneer de ene lidstaat wel en de andere geen partij is bij een verdrag met een derde staat.

611 Europese Unie

Wanneer een toekomstig instrument wordt opgesteld in het verband van de Europese Unie, zal de bevoegdheid daartoe aan de Unie moeten zijn toebedeeld, het zogenaamde attributiebeginsel.[17] Een dergelijk wetgevend initiatief kan gebaseerd worden op art. 81 VWEU, dat immers ziet op de grensoverschrijdende samenwerking in burgerlijke en handelszaken. Vooral de 'verenigbaarheid van de in de lidstaten geldende regels voor collisie en jurisdictiegeschillen'[18] en het 'wegnemen van de hindernissen voor de goede werking van burgerrechtelijke procedures'[19] kunnen daarbij een rol spelen.[20] Vooral de laatste overweging zal van belang zijn, aangezien, zoals eerder betoogd is, het probleem van de toepassing van vreemd recht het bereik van de conflictregels ontstijgt en zich meer op het terrein van het burgerlijk procesrecht begeeft. Het is daarnaast zelfs denkbaar om een toekomstig initiatief te baseren op het verbeteren van de daadwerkelijke toegang tot de

14 Art. 1 Statuut van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht.
15 Zie Asser/Vonken 2018 10-I/77.
16 HvJ EU 14 oktober 2014, advies 1/13, ECLI:EU:C:2014:2303.
17 Art. 5, leden 1 en 2, VEU.
18 Art. 81 lid 2 sub c VWEU.
19 Art. 81 lid 2 sub f VWEU.
20 Aldus ook, nog onder het regime van art. 65 EG, Flessner, in: *30 Jahre österreichisches IPR-Gesetz* 2009, p. 41, overigens alleen maar ten aanzien van het voorstel van Remien om een prejudiciële procedure inzake het recht van een andere lidstaat mogelijk te maken.

rechter.[21] Wanneer de toepassing van vreemd recht problematisch is en er hoge kosten aan de vaststelling van de inhoud daarvan zijn verbonden, kan dit ook de toegang tot de rechter beperken. De rechtsgrondslag lijkt daarom wel in het VWEU gevonden te kunnen worden.[22]

Bij nadere analyse kan er voor het vereiste van bevoegdheidstoedeling echter een probleem opdoemen. Het is namelijk een eigenschap van het Europese conflictenrecht dat de verordeningen op dat vlak een universeel toepassingsgebied kennen. Dit houdt in dat een Europese conflictregel onder omstandigheden kan verwijzen naar het recht van een derde staat. Wanneer men de processuele status van Europese conflictregels wil regelen, kan dat weliswaar worden gebaseerd op art. 81 VWEU, en mogelijk geldt dat ook voor de ambtshalve toepassing van het recht van een lidstaat dat door die regels wordt aangewezen. Maar voor zover het recht van derde staten wordt aangewezen, rijst de vraag in hoeverre de Unie de bevoegdheid bezit om aan de rechters van de lidstaten voor te schrijven dat zij het recht van een niet-lidstaat ambtshalve moet toepassen. Is de grondslag van art. 81 VWEU daarvoor toereikend?

Sommigen hebben betoogd dat onder het oude stelsel van art. 65 EG een dergelijke gevolgtrekking waarschijnlijk een probleem opgeleverd zou hebben, omdat die bepaling vereiste dat de voorgenomen maatregelen in het teken moesten staan van de 'goede werking van de interne markt'.[23] Met de nieuwe bepaling van art. 81 VWEU, dat sinds het Verdrag van Lissabon is gaan gelden, is dit vereiste niet meer exclusief. Om die reden wordt wel aangenomen dat het universele toepassingsgebied in dit verband geen problemen (meer) oplevert.[24] Hoewel dat letterlijk genomen juist is, is het toch de vraag of niet de grenzen van het institutioneel toelaatbare worden bereikt in het geval de rechter verplicht zou worden het recht van een derde staat toe te passen, wanneer de enige 'band' met de EU eruit bestaat dat een zaak voor een van de gerechten van de lidstaten is aangebracht.[25] De enige rechtvaardiging die daarvoor aangevoerd kan worden, is dat een dergelijk vonnis in de hele EU zal worden erkend en, mocht de in het ongelijk gestelde partij ooit vermogensbestanddelen op het grondgebied van een lidstaat verkrijgen, haar wederpartij het vonnis dienovereenkomstig kan executeren. De gewenste uniformiteit van uitkomsten van rechtsgedingen zal mogelijk kunnen vereisen, dat vreemd recht in alle gerechten van de Unie op dezelfde wijze zal worden toegepast. Erg overtuigend is deze redenering echter niet, omdat, zoals eerder al is betoogd, de uniformiteit van uitkomsten vrij betrekkelijk is. Het lijkt aanbevelenswaardig wanneer de Unie zou besluiten om in de relatie tot derde staten een verdrag te sluiten. De reden daarvoor is dat zij in interne situaties bevoegd is om een dergelijke processuele status af te dwingen op grond van de hierboven reeds aangehaalde

21 Art. 81 lid 2 sub e VWEU.

22 Zo ook Asser/Vonken 2018 10-I/76: 'De weg is aldus vrij voor een alomvattende EU-codificatie van het IPR'.

23 Zie Wilke, *GPR* 2012, p. 335.

24 Zo ook Wilke, *GPR* 2012, p. 335.

25 Art. 25 EEX vereist immers niet dat één van de partijen woonplaats op het grondgebied van een van de EU-lidstaten heeft.

'ERTA'- of 'AETR'-doctrine.[26] Een verordening lijkt daarvoor minder geschikt te zijn.[27]

9.1.1.3 Subsidiariteit en proportionaliteit

612 Algemeen

Ook al is de bevoegdheid aan de EU geattribueerd, de uitoefening van deze bevoegdheid moet wel voldoen aan de vereisten van subsidiariteit en proportionaliteit. In hoeverre is de Unie beter in staat om de 'doelstellingen' te bereiken die met Europees ipr zijn beoogd? Welke doelstellingen zijn daarbij van belang en in hoeverre worden zij al dan niet 'bereikt' door de nationale regeling van de processuele status van conflicten- en vreemd recht *in civilibus*?[28] En, mocht aan dit vereiste zijn voldaan, in hoeverre is het voorgenomen optreden – namelijk unificatie van de processuele behandeling van conflicten- en buitenlands recht – dan ook evenredig te noemen met het oog op de betrokken doelstellingen?[29] Worden inderdaad eenvormige verwijzingsresultaten gegarandeerd? Het probleem dat zich hier voordoet, is dat het conflictenrecht voornamelijk een indirecte werking heeft. De materiële uitkomst van een geschil kan, zelfs zonder toepassing van conflicten- en vreemd recht, hetzelfde zijn als wanneer het conflictenrechtelijke procedé wel wordt gevolgd. En ook wanneer de conflictenrechtelijke weg wordt gevolgd, kunnen de uitkomsten anders zijn dan verwacht, bijvoorbeeld door gebrekkige informatie. De casuïstiek van het individuele geval is eenvoudigweg te subtiel om in abstracto het bereiken van bepaalde doelstellingen te kunnen aannemen, zoals eerder al is betoogd.

613 Subsidiariteit

Het vereiste van subsidiariteit betekent dat de Unie op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts optreedt indien en in de mate waarin de lidstaten op centraal, regionaal of lokaal niveau de beoogde doelstellingen niet voldoende kunnen verwezenlijken.[30] Daarvan zal in dit geval snel sprake zijn, omdat het gaat om een initiatief dat probeert te voorzien in een systeem van gerechtelijke of andersoortige samenwerking dat de lidstaten zelf niet gemakkelijk kunnen opzetten. In dit kader, waarin het voornamelijk draait om de eenmaking van de procedurele behandeling van buitenlands recht, zal evenwel een andere afweging gemaakt kunnen worden. De status van vreemd recht in een burgerlijk geding is immers sterk verweven met het eigen procesrecht en de eigenaardigheden van het

26 Zie ook Zie Asser/Vonken 2018 10-I/77.

27 Anders Madrid Principle III, volgens welk principe een verordening inzake de toepassing van vreemd recht juist ook moet zien op het recht van derde staten.

28 Art. 5 lid 3 VEU jo. Protocol (Nr. 2) betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

29 Art. 5 lid 4 VEU jo. Protocol (Nr. 2) betreffende de toepassing van de beginselen van subsidiariteit en evenredigheid.

30 Art. 5 lid 3 VEU.

eigen recht. Lidstaten kunnen zelf waarschijnlijk het beste inschatten hoe de gestelde doelen – verbetering van de internationale beslissingsharmonie, het voorkomen van forum shopping, etc. – kunnen worden bereikt met regels over de processuele status. En dat raakt tegelijkertijd aan een ander probleem, namelijk dat het niet gegeven is dat die doelen ook daadwerkelijk worden bereikt door zich te beperken tot de ambtshalve toepassing. Dat geeft lidstaten een zekere vrijheid om een alternatieve oplossing voor het probleem van vreemd recht te bedenken op een adequatere wijze dan de Unie dat kan.

614 Proportionaliteit

Wat het vereiste van proportionaliteit aangaat, kan het onderscheid tussen enerzijds de harmonisatie van de processuele status en anderzijds de verbetering van de informatieverstrekking over het recht van een andere lidstaat worden gemaakt. In zoverre het doel van de nieuwe regeling is om de uiteindelijke rechtstoepassing en de eenvormigheid van uitkomsten van procedures te garanderen, is het de vraag of harmonisatie niet een te zwaar middel is in verhouding tot het te bereiken doel. Harmonisatie van deze materie zou immers ingrijpen in het nationale procesrecht en in het denken over de verhouding tussen individu en rechter (als overheid), hetgeen in het Van Schijndel-arrest juist is genoemd als reden om geen ambtshalve toepassing van Unierecht te vereisen.[31] Ook is het bereiken van deze doelstellingen geen gegeven; tijdens het 'conflictenrechtelijk procedé' kunnen er zich verschillende hindernissen op de weg bevinden, die de juiste toepassing van het aangewezen recht bemoeilijken. Voor zover een nieuw initiatief ziet op de informatievoorziening inzake het recht van lidstaten, en het in het kader daarvan te ontwikkelen samenwerkingsmechanismen, zou dit overigens veel beter aansluiten bij het gestelde doel. Vanwege het faciliterende karakter valt het moeilijk in te zien, waarom een dergelijk mechanisme disproportioneel zou zijn.

9.1.1.4 Algemene of bijzondere regeling?

615 'Rome 0'-Verordening

Zelfs wanneer men tot de conclusie zou komen om op Europees niveau de processuele status van conflicten- en buitenlands recht te regelen, speelt de vraag of een dergelijke regeling in een bijzonder instrument of in een algemene ipr-regeling moet worden opgenomen. Tegen de achtergrond van de discussie inzake een Europese 'IPR-wet' of een 'Rome 0'-verordening, hebben sommigen gemeend dat het aangewezen is om de kwestie van de processuele status in een dergelijke 'algemeen deel' van het Europese internationaal privaatrecht op te nemen.[32] Het

31 *Van Schijndel*, r.o. 21.

32 Zie, o.a., K.F. Kreuzer, 'Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechtes?', in: B. Jud, W.H. Rechberger & G. Reichelt (red.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union. Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes*, Wenen: Jan Sramek Verlag 2008, p. 1-62, op p. 6-13.

daarvoor aangedragen argument is dat de processuele behandeling van conflictregels en van buitenlands recht deel uitmaakt van de algemene leerstukken van het internationaal privaatrecht.[33] Het zou dan vanuit wetssystematisch oogpunt eleganter zijn om deze problematiek in een 'algemeen deel' te regelen.[34] Anderen zijn van mening dat, gezien het dringende karakter van deze problematiek, het beter is om te werken aan een bijzonder instrument op het gebied van de rechtstoepassing.[35]

Naast de dringendheid van de materie is er overigens ook een meer systematisch argument aan te wijzen. Zo kent de processuele status van het conflicten- en buitenlands recht vooral een procesrechtelijk karakter, hetgeen het onderscheidt van andere algemene leerstukken van internationaal privaatrecht, zoals renvoi of de openbare orde-exceptie. Daarnaast volstaat de eenmaking van de processuele behandeling van buitenlands recht niet om ook de daadwerkelijke toepassing daarvan te garanderen. Zelfs wanneer men tot de conclusie komt dat een Europese regeling inzake de ambtshalve toepassing wenselijk is, neemt dit niet de noodzaak weg om ook de toegang tot de inhoud van dat recht te faciliteren. De interactie met dergelijke maatregelen, in combinatie met het procesrechtelijke karakter van een uniforme regeling, maken dat aan een bijzondere regeling de voorkeur gegeven kan worden.

616 Verordening als rechtsbron

Indien wordt gekozen voor een algemene regeling in een nieuw te ontwerpen 'Rome 0'-verordening of vergelijkbare 'ipr-codex', zal een dergelijk instrument begrijpelijkerwijze in de vorm van een verordening worden gegoten. De voordelen die met de verordening immers zijn verbonden, zoals directe werking en direct effect, in combinatie met het algemene karakter van de in zo'n regeling voorgestelde bepalingen, zullen opwegen tegen de nadelen ervan. Wanneer echter wordt gekozen voor een bijzonder instrument, is het de vraag of dit in de vorm van een richtlijn of van een verordening moet gebeuren. In dat geval zal de regeling van de materie, zoals hierboven gesteld, samenhangen met de regeling van andere met de problematiek verbonden elementen, zoals de procesrechtelijke inkadering en de facilitering van de toegang tot de inhoud van buitenlands recht. Daarom zal deze vraag in paragraaf 9.1.2. uitgebreider worden behandeld.

9.1.1.5 Effectiviteit, efficiëntie en legitimiteit

617 Effectieve regeling?

Het is voorts de vraag of een instrument over de processuele status van vreemd recht wel zal bereiken wat daarmee wordt beoogd. Dit is in het bovenstaande, bij de bespreking van de proportionaliteit van een supranationale eenmaking, al

33 Zie, o.a., Wilke, *GPR* 2012, p. 338; Kreuzer, in: *Kollisionsrecht in der Europäischen Union* 2008, p. 6-13.
34 Zoals is voorgesteld door Lagarde, *Embryon*, 2011, p.675 (art. 133).
35 Zo ook Kieninger, in: *Brauchen wir ein Rom 0-Verordnung?* 2013, p. 492.

besproken. Indien het doel immers is om een verbeterde toepassing van vreemd recht stimuleren, en zo te voldoen aan het ideaal van een internationale beslissingsharmonie of aan de met de unificatie gestelde doelen, zoals het tegengaan van forum shopping, zal het voorstel waarschijnlijk niet ver genoeg gaan. Het risico bestaat dat slechts een wijziging tot stand wordt gebracht met betrekking tot de vraag *wie* het de toepassing van het buitenlands recht moet verzorgen, terwijl de vraag *hoe* dat moet gebeuren onbeantwoord blijft. Het is vooral deze laatste vraag die de meeste aandacht vereist. Slechts wanneer de inhoud van het vreemde recht gemakkelijker achterhaald kan worden, zal de weg voor een meer uniforme toepassing van conflicten- en vreemd recht worden geplaveid. Het is daarom ook verstandiger om de processuele status van het ipr en het buitenlands recht over te laten aan de lidstaten, aangezien deze vaak is verweven met de procesrechtelijke tradities van de betreffende lidstaat.

Ook is het argument van het tegengaan van forum shopping niet zo sterk: want als de processuele status alleen maar wordt geünificeerd *voor zover* het gaat om een Europese verwijzingsregel, betekent dit dan niet dat andere, niet-Europese conflictregels buiten beschouwing worden gelaten? In zoverre is 'forum shopping' binnen de EU nog steeds mogelijk, voor zover het gaat om een kwestie die buiten het materiële toepassingsgebied van Europese verordeningen valt. Wanneer een vonnis van de rechter dan alsnog via de (Herschikte) EEX erkend kan worden, ontvalt daarmee een belangrijk argument voor de 'eenheid van resultaten' van rechtsgedingen. Het is echter de vraag of de bevoegdheid van de Unie zich wel uitstrekt tot die gevallen, en of ook daarvoor een eenvormige regel kan worden voorgeschreven. Verdedigbaar is dat een dergelijke gevolgtrekking te ver zal gaan.

618 Overige belangen

Verder bestaat het risico dat niet alleen onnodig wordt in gegrepen in het nationale procesrecht van de lidstaten, maar tevens dat internationale procedures zullen verstarren door een al te strikte taakverdeling tussen de rechter en de partijen. Een flexibelere omgang met de rechtstoepassing is vanuit het oogpunt van de procesefficiëntie een wenselijker uitgangspunt. Voorts kunnen ook principiële bezwaren opgeworpen worden, indien een regel van Unierecht zou leiden tot een schending van art. 6 lid 1 EVRM. Zeker in het geval van een plicht tot ambtshalve toepassing kan het vereiste van een behandeling binnen een redelijke termijn worden geschaad. Een vanwege een supranationale organisatie 'top down' opgelegde regeling van de omgang met buitenlands recht mist daarvoor de finesse om in procesrechtelijke opzicht een gebalanceerde benadering te kiezen. Nationale rechtsstelsels kunnen de nadelen van een gekozen benadering immers nog enigzins compenseren, soms op andere manieren dan zuiver procesrechtelijke.[36] Met de verplichte ambtshalve toepassing van het conflictenrecht, net als van het daardoor

36 Vgl. het Duitse stelsel, en in mindere mate het Nederlandse stelsel, waarin de 'Amtspflicht' van de rechter wordt verzacht door de mogelijkheid om een deskundige te benoemen van een van instituten die dat land rijk is.

aangewezen recht, kunnen in een te sterke mate de overige, eveneens legitieme, belangen veronachtzaamd worden.

9.1.1.6 Conclusie en aanbevelingen

619 Minimumnormen

De processuele status van vreemd recht en van conflictenrecht kan verder onaangetast blijven. Hoogstens kan men het wenselijk achten om in algemene zin enkele minimumnormen in het instrument op te nemen, waaraan lidstaten aan moeten voldoen. Wanneer daartoe wordt overgegaan, kan aan de volgende standaarden worden gedacht:

- de rechter gebruikt alle hem ter beschikking staande mogelijkheden om te achterhalen of de partijen zich bewust zijn van de mogelijke toepasselijkheid van het vreemde recht;
- de lidstaat garandeert dat, afgezien van een geval waarin partijen niet de vrije beschikking over hun rechten hebben, zij van de toepassing van het buitenlandse recht mogen afzien;
- de rechter stelt partijen gelijkelijk in de gelegenheid om zich over de rechtstoepassing en het onderzoek naar vreemd recht uit te laten;
- de lidstaten garanderen dat ingeval een persoon aanspraak maakt op gefinancierde rechtsbijstand, de volledige kosten van adviezen over vreemd recht, het zij in de preprocessuele fase of tijdens de procedure, vergoed worden;
- de lidstaten garanderen dat een partij ook in hoogste instantie de toepassing van vreemd recht kan laten toetsen, voor zover dat voor de rechtsbescherming noodzakelijk is. De maatstaf zou moeten zijn dat het buitenlandse recht met een hoge mate aan waarschijnlijkheid onjuist is toegepast;
- voorrangsregels moeten alleen dan ambtshalve worden toegepast, voor zover deze regels verondersteld kunnen worden algemeen bekend te zijn.

Deze normen kunnen als minimumnormen worden beschouwd voor de toepassing van Europese conflictregels en de daardoor aangewezen regels van buitenlands recht. Voor het overige zal een Europees initatief zich voornamelijk moeten richten op de verbetering van de toegang tot de inhoud van het recht van lidstaten.

9.1.2 Toegang tot vreemd recht: een 'Rechtstoepassingsverordening'?

620 Rechtskennis als probleem

In het voorgaande zijn de verschillende mogelijkheden besproken die op bovenstatelijk niveau, zij het mondiaal of Europees, genomen kunnen worden. De conclusie was dat eenmaking van de wijze waarop buitenlands recht in de civiele procedure tegemoet wordt getreden geen wezenlijke bijdrage zal leveren aan het verwezenlijken van het doel waarmee een dergelijke regeling zal worden geëntameerd: het verbeteren van de rechtstoepassing in concreto. Wanneer men van *iura novit curia* daadwerkelijk een leidend beginsel wil maken, zou men zich eerst

moeten bekommeren om het meest nijpende probleem, namelijk dat van de ontbrekende rechtskennis en, zij het in minder mate, het ontbrekende gezag over dat recht.

9.1.2.1 De EU als initatiefnemer

621 Brede aanpak

Aangezien de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht de toegang tot vreemd recht recentelijk van de agenda heeft verwijderd, is de kans klein dat zij daar op korte termijn van zal terugkomen. Het ligt dan ook primair op de weg van de Europese Unie om op dit gebied actie te ondernemen. Op basis van de analyse van de eerdergenoemde voorstellen, lijkt het aangewezen om een Europees rechtsinstrument tot stand te brengen dat zich richt op de problematiek van een verbeterde informatieuitwisseling. In navolging van het 'Access to Foreign Law'-project van de Haagse Conferentie, is het vanuit het oogpunt van alomvattendheid wenselijk om daarbij een brede aanpak te kiezen.[37] Dit betekent dat de toegang tot vreemd recht via verschillende wegen zal moeten worden gefaciliteerd. Dit dient twee doelen: ten eerste kan zo de meest geschikte manier worden gevonden in het licht van de complexiteit van de zaak en ten tweede wordt voorkomen dat een enkele regeling zo vaak wordt gebruikt, dat zij het slachtoffer van haar eigen succes wordt en tot grote vertragingen zal leiden. Het is dus wenselijk dat de manieren om de toegang tot buitenlands recht te verbeteren zo divers mogelijk zijn.

Dit vereiste van integraliteit zal aangevuld kunnen worden met andere vereisten. Zo zal de regeling niet te complex moeten zijn (hanteerbaarheid) en zoveel mogelijk in het procesrechtelijke systeem van de lidstaten ingepast moeten kunnen worden. Ook is het aan te bevelen een zekere mate van flexibiliteit te betrachten: een rechter zal bij de beoordeling van de zaak zich niet te veel gebonden moeten achten aan bepaalde voorgeschreven vormen. Al met al leidt dit tot een instrument waarin de volgende zaken geregeld moeten worden:

- een systeem van documentatie en databanken;
- een systeem volgens welke rechters van de ene staat verzoeken kunnen indien bij nationale autoriteiten van de (lid)staat, op zijn minst door stroomlijning van de toepassing van de Europese Overeenkomst van 1968, en mogelijk zelfs door het tot stand brengen van een eigen 'Inlichtingenverordening' in intra-Europees verband;
- een systeem volgens welke rechters een deskundige kunnen benoemen, dan wel partijen een deskundigenbericht of een rechtsgeleerd advies kunnen inwinnen, waarvan zij weten dat de deskundigheid is gegarandeerd;

37 Zie ook punt 5 en 6 van de 'Conclusions and Recommendations' van de door de Europese Commissie en de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht gezamenlijk georganiseerde conferentie 'Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters', gehouden in februari 2012 (www.hcch.net, onder 'Publications and Studies', geraadpleegd op 29 juni 2020).

- een systeem volgens welke rechters van de ene lidstaat aan de (hoogste) rechter van een andere lidstaat een prejudiciële vraag kunnen stellen over uitlegproblemen bij de toepassing van diens recht;
- een goede regeling van de kosten, die in het geval wordt gebaseerd op basis van een toevoeging niet ten laste van de betreffende partij mag komen;
- een systeem van certificaten voor eenvoudige rechtsvragen.

Het Europees Justitieel Netwerk hoeft in dit verband geen bijzondere rol te spelen. Het informele karakter van de samenwerking binnen dit Netwerk kan gevaar lopen wanneer het verplicht zou worden om structureel verzoeken omtrent de inhoud van het recht van een andere lidstaat te honoreren. Het is de vraag of dit nadeel, dat ook andere vormen van grensoverschrijdende gerechtelijke samenwerking kan raken, wel opweegt tegen een mogelijk beperkte toegevoegde waarde in de context van het vreemde recht. Wel kan op incidentele wijze van het EJN gebruik worden gemaakt, op gelijke voet als dit momenteel al gebeurt. Ook kan dit Netwerk een rol spelen bij de toepassing van een nieuw instrument, bijvorbeeld als indien het te lang duurt voordat een verzoek om informatie wordt behandeld.

Vanwege de wens om de materie zoveel mogelijk in één instrument te regelen, is het aanbevelenswaardig om daartoe een verordening tot stand te brengen. Daarvoor spreekt ook dat de samenwerking in grensoverschrijdende zaken, ongeacht of dit op administratieve of gerechtelijke wijze gebeurt, een sterke centrale coördinatie nodig hebben. Het lijkt daarom het effectiefst om daarvoor het instrument van de verordening te gebruiken, en via uitvoeringswetten het aan de lidstaten over te laten hoe zij deze verordening laten inpassen in hun rechtsstelsel.

9.1.2.2 Derde staten

622 Verdragen; toetreding tot andere multilaterale verdragen

Overigens hoeft de Europese Unie zich niet te beperken tot het gebied van de Europese Unie; zij kan ook een rol spelen in verhouding tot derde staten. Zo kunnen lidstaten van de Europese Unie toetreden tot het Verdrag van Montevideo van 1978. Dit vergroot het bereik van internationale samenwerking. Waarschijnlijk kan de Europese Unie als zodanig geen partij bij het verdrag worden.[38] Vanuit het oogpunt van de ERTA- of AETR-doctrine zal de Unie bevoegd zijn om zelf verdragen af te sluiten om zo de toegang tot recht van derde staten te verbeteren. Voor zover staten daarbij uitvoeringsmaatregelen moeten treffen, kan de Unie daarbij een coördinerende rol vervullen. Daarbij kunnen de initiatieven die de Australische rechter heeft ondernomen om MoU's met gerechten uit verschillende staten te sluiten, zoals in het

38 In tegenstelling tot de verdragen van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, waarvoor een wijziging in de Staten is gemaakt om zogenaamde 'Regional Economic Integration Organisations' in staat te stellen om lid van de Conferentie te worden. Zie art. 3 van het Statuut van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, *Trb.* 1953, 80, zoals dit is komen te luiden na de Wijziging van het Statuut van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht, 's-Gravenhage, 30 juni 2005, *Trb.* 2005, 239.

voorgaande al kort is aangestipt, tot voorbeeld strekken. Voor zover inderdaad gerechtelijke of administratieve samenwerking wordt beoogd, zal een dergelijk initatief in ieder geval aan de volgende voorwaarden moeten voldoen:
- een duidelijk opgave van de in een verzoek op te nemen gegevens, waaronder a) de feitelijke omstandigheden van het geval en b) de gestelde vraag;
- de mogelijkheid om een gestelde vraag ofwel te herformuleren, ofwel ongevraagd aanvullende informatie te verschaffen;
- een duidelijke termijn waarbinnen een vraag moet worden beantwoord. Het is aan te bevelen deze in ieder geval op twee tot zes maanden te zetten;[39]
- een duidelijke regeling op te nemen voor aanvullende verzoeken om informatie binnen dezelfde zaak en instantie, en binnen dezelfde zaak maar in verschillende instanties;
- een duidelijke regeling voor de kosten;
- een informele communicatiemethode.

Op deze manier zal een groot deel van de nadelen die met grensoverschrijdende samenwerking gepaard kunnen gaan, worden weggenomen.

9.1.2.3 Vorm

623 Verordening of richtlijn?

Wat de vorm van een nieuw instrument betreft, kan in Europees verband zowel worden gekozen voor de vordening als de richtlijn.[40] De verordening kent bepaalde voordelen, zoals directe werken, terwijl de richtlijn eerst in implementatiewetgeving moet worden omgezet. Ook kan de verordening mogelijk geschikter zijn voor een sterke coördinerende rol van de EU, die zeker voor de uitwisseling van informatie en overige grensoverschrijdende samenwerking wenselijk kan zijn. Sommigen onderdelen kunnen evenwel in een richtlijn worden geregeld. Daarbij gaat het ten eerste om de minimumnormen voor de processuele status van vreemd recht. Via implementatiewetgeving kunnen lidstaten zelf bepalen hoe zij aan deze normen willen voldoen. Daarnaast vereist de procedurele inkadering van de prejudiciële vraag een goede afstemming met het procesrecht van de lidstaten, waarvoor de richtlijn een geschikter instrument kan zijn. Het belang dat een nieuw Europees instrument over de rechtstoepassing zoveel mogelijk in één instrument wordt geregeld zal daarentegen verlangen dat de voorkeur voor de verordening wordt gegeven. Zolang deze verordening met uitvoeringswetgeving gepaard kan gaat, kan aan de voordelen van de richtlijn tegemoet gekomen worden. Ook heeft de Europese Unie reeds eenvormige procedures

39 Gezien de ervaringen met de Europese Overeenkomst van 1968, zie Schellack, *Selbstermittlung* 1998, p. 157. Voor zover administratieve samenwerking wordt gekozen, zal de tweemaandentermijn gehanteerd kunnen worden, net als bij de al besproken gewenste termijn voor een verbeterde Europese Overeenkomst of een 'inlichtingenverordening'. In het geval van gerechtelijke samenwerking zou de termijn, net als bij de voor te stellen 'intra-Europese prejudiciële vraag', op zes tot twaalf maanden gezet kunnen worden.

40 Voor andere internationale organisaties en in de relatie tussen de EU en derde staten zal vanzelfsprekend het verdrag als instrument worden gekozen.

tot stand gebracht waarvoor ook de vorm van de verordening is gekomen.[41] Het is al met al aan te bevelen om de weg van de verordening te kiezen.

9.1.2.4 Conclusie

624 Verantwoordelijkheid EU

Het is, kort gezegd, wenselijk dat de EU haar verantwoordelijkheid neemt door een nieuw instrument te ontwikkelen dat de toegang tot het vreemde recht zal verbeteren. Primair zal de aandacht uitgaan naar het recht van een lidstaat, maar in samenwerking met de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht en, desnoods, op eigen initatief kan ook aan verdragen met derde staten worden gewerkt. Het verdient aanbeveling om de lidstaten toe te laten treden tot het Verdrag van Montevideo van 1978. Voor de intra-Europese situatie geldt dat een nieuw te ontwikkelen instrument een integrale aanpak moet bevatten, waarbij op meer manieren de toegang tot het vreemde recht wordt verbeterd, een regeling wordt getroffen voor intra-Europese prejudiciële vragen en waarin een regeling voor de kosten wordt opgenomen. Vanwege de centrale (coördinerende) rol van de EU en de vereiste efficiëntie heeft een verordening daarbij de voorkeur.

9.1.3 Aanbevelingen

625 Geen algehele unificatie

Op grond van het voorgaande kunnen de volgende aanbevelingen worden gedaan voor een op bovenstatelijk niveau te ontwikkelen instrument, dat bij voorkeur in de vorm van een verordening wordt gegoten. In Europees verband kan beter worden afgezien van het voornemen om een dergelijke regeling in een 'Rome 0'-verordening of vergelijkbare ipr-wet op te nemen. De materie heeft een te eigenaardig karakter om te worden opgenomen in een algemene regeling, niet alleen vanwege de sterke verwevenheid met het procesrecht, maar ook vanwege de noodzaak om in grensoverschrijdend verband een systeem van samenwerking te ontwikkelen. In plaats daarvan is het efficiënter en effectiever om een bijzondere 'rechtstoepassingsverordening' in het leven te roepen. In deze verordening kunnen verschillende aspecten van de problematiek worden geregeld.

Desondanks is het ook niet wenselijk om in het kader van zo'n verordening een algehele eenmaking na te streven van de manier waarop vreemd recht in de civiele procedure wordt benaderd.[42] In plaats daarvan kan beter met een aantal

41 Zoals Verordening (EG) nr. 1896/2006 van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 tot invoering van een Europees betalingsbevelprocedure, *PbEU* 2006, L 399/1, en Verordening (EG) nr. 861/2007 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van een Europese procedure voor geringe vorderingen , *PbEU* 2007, L 199/1.

42 Zie ook punt 4 van de 'Conclusions and Recommendations' van de door de Europese Commissie en de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht gezamenlijk georganiseerde conferentie 'Access to Foreign Law in Civil and Commercial Matters', gehouden in februari 2012 (www.hcch.net, onder 'Publications and Studies', geraadpleegd op 29 juni 2020).

minimumnormen worden volstaan, die eventueel in de preambule kunnen worden opgenomen. Zo moeten partijen zich bewust zijn van de mogelijke toepassing van vreemd recht. Voorts dient de inhoud van dat recht op een manier te worden vastgesteld, die de minste kosten meebrengt. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zoals vermeld in het factorenschema dat in paragraaf 8.1.1.3. is behandeld, kunnen deze kosten door de staat worden gedragen ofwel op de partijen worden afgewenteld. Ook moet bij de controle op de juistheid van de rechtstoepassing aan de partijen een mate van rechtsbescherming geboden worden, die vergelijkbaar is met – maar niet noodzakelijkerwijze gelijk is aan – de bescherming die wordt geboden bij de toepassing van het eigen recht.

626 Informatie-uitwisseling

Voorts moet een 'rechtstoepassingsverordening' in ieder geval een gedeelte bevatten, waarin de toegang tot de inhoud van het recht van andere (lid)staten wordt verbeterd. Het grootste probleem dat met de toepassing van buitenlands recht is gemoeid, is dat de kennis over dat recht ontbreekt. Om die reden moet een systeem tot stand worden gebracht, waarmee de toepassing daarvan wordt gefaciliteeerd. Deze moet voorzien in een systeem van databanken en kenniscentra, waar rechters van lidstaten informatie kunnen verkrijgen. Verder moet ofwel de uitvoering van de Europese Overeenkomst van 1968 in Europees verband worden versterkt, ofwel een eigen 'inlichtingenmechanisme' tot stand worden gebracht die daarmee vergelijkbaar is. Een dergelijk systeem moet voorzien in een antwoord op relatief eenvoudige vragen, die niet met eigen onderzoek kunnen worden beantwoord. Bij voorkeur gebeurt dit door administratieve autoriteiten. De termijn voor dergelijke verzoeken moet, gezien het eenvoudige karakter van de vragen, relatief kort zijn. Om die reden lijkt het redelijk om binnen twee maanden een antwoord te verwachten. Het verzoek en het antwoord kunnen worden vertaald, maar ook kan worden besloten dat de vraag wordt gesteld in één van de meer gebruikelijke werktalen binnen de EU, het Frans en het Engels.

627 Prejudiciële vragen

Verder is het noodzakelijk dat voor de werkelijk ingewikkelde vragen een regeling wordt getroffen. Om te beginnen moet in gevallen, waarin rechters van de mogelijkheid van rechtsontwikkeling gebruik moeten maken, er een systeem van prejudiciële vragen wordt ingesteld. Rechters van de ontvangende staat moeten binnen zes tot twaalf maanden op een dergelijke vraag reageren en partijen mogen daarbij schriftelijke opmerkingen indienen. Het verzoek en het antwoord moeten worden vertaald. Bij voorkeur moeten dergelijke vragen door de hoogste rechterlijke instantie(s) worden beantwoord. De rechters van de ontvangende staat hebben de mogelijkheid om de vraag desnoods te herformuleren. Tevens kunnen Europese (supranationale) gerechten, zoals het Gerecht of het Hof van Justitie EU, van deze mogelijkheid gebruik maken. Het antwoord van de rechter is bindend voor zover het de beantwoording van de vraag betreft.

628 Deskundige hulp

Ook dient het gebruik van deskundige hulp van derden te worden geregeld. Een Europees systeem van deskundigen die als gekwalificeerd genoeg worden gezien om een rapport over het recht te verstrekken, zal een toegevoegde waarde hebben. Veelal verkeren rechters en partijen in onzekerheid wanneer zij de expertise van de deskundige moeten beoordelen. Een door de EU uit te geven 'certificaat' aan bepaalde instituten kan daarbij ook helpen. De honoraria van de voornoemde deskundigen zal aan een zeker maximum gebonden moeten zijn. Het staat partijen en de rechter overigens vrij om ook andere, niet in een dergelijk systeem opgenoemen deskundigen te benaderen, zij het dat dit voor eigen risico blijft. Ook de kosten van het deskundigenbewijs zouden zo min mogelijk door de partijen gedragen moeten worden.

9.2 Alternatieven voor de huidige situatie?

629 Andere methoden dan toepassing van buitenlands recht

Tot zover zijn voornamelijk instrumenten besproken, die binnen de bestaande conflictenrechtelijke kaders blijven en pogen om de toepassing door de rechter zoveel mogelijk te faciliteren. Het is daarentegen ook mogelijk dat een stap verder wordt gegaan. De oorzaak van het probleem van buitenlands recht is immers gelegen in de omstandigheid dat er een discrepantie bestaat tussen de forumstaat en de staat waarvan het recht van toepassing is. Met andere woorden: er is een 'breuk' aangebracht tussen *forum* en *ius*. Dit is een wezenlijke eigenschap van het hedendaagse internationaal privaatrecht, op grond waarvan het rechtsstelsel zich openstelt voor een ander recht dan het eigen recht. Daardoor bestaat er geen inherente verbondenheid meer tussen de bevoegde rechter en het toepasselijke recht. De vraag rijst of dat nog een houdbare positie is. Kan in grensoverschrijdende gevallen niet op een andere manier worden omgegaan met de toepassingsvraag? Is het mogelijk om aan het internationale karakter van de zaak recht te doen, en tegelijkertijd ervoor zorg te dragen dat de rechter die het geval beslist ook bekend is met het toepasselijke recht? Deze 'alternatieven' voor de conflictenrechtelijke *status quo* zal in deze subparagraaf kort worden besproken. Zij kunnen worden onderverdeeld in alternatieven die de aandacht richten op de bevoegdheidsvraag (paragraaf 7.2.8.1.), op de conflictenrechtelijke methode (paragraaf 7.2.8.2.), op het toe te passen recht zelf (paragraaf 7.2.8.3.) en, tot slot, op de erkenningsvraag (paragraaf 7.2.8.4.).

9.2.1 Internationaal bevoegdheidsrecht: forum non conveniens

630 Bevoegdheid als oplossing

Sommigen hebben het voorstel besproken of het de rechters van lidstaten moet worden toegestaan om een zaak waarin buitenlands recht van toepassing is, te

verwijzen naar de rechter van de betreffende staat.[43] Een dergelijk voorstel sluit aan bij de *forum non conveniens*-regel, die inhoudt dat een rechter, die internationaal bevoegd is om van de zaak kennis te nemen, kan besluiten om in weerwil van zijn rechtsmacht de zaak naar een buitenlandse rechter te verwijzen die beter in staat wordt geacht om het geschil te kunnen beslechten. Toegepast op de specifieke situatie dat het geval wordt beheerst door een buitenlands rechtsstelsel, kan zodoende worden geoordeeld dat de rechter van de herkomststaat beter in staat is om dat recht toe te passen. Deze techniek vertoont daarmee enige gelijkenis met de in het Amerikaanse recht bekende notie van 'abstention', waarbij de federale rechter kan besluiten om zich te onthouden van het vormen van een oordeel inzake de toepassing van deelstatelijk recht.[44]

Vooral in het Engelse ipr speelt dit leerstuk een belangrijke rol. In dat recht wordt de bevoegdheid om de zaak aan te houden op grond van *forum non conveniens* ('power to stay actions') gezien als een discretionaire bevoegdheid van de rechter.[45] Deze bevoegdheid wordt desondanks door bepaalde beginselen beheerst. In het verleden hebben zich in Engeland wel situaties voorgedaan dat vanwege de toepasselijkheid van buitelands recht de *forum non conveniens*-regel is toegepast.[46] De toepassing van een dergelijke regel komt erop neer dat de aanvankelijk bestaande discrepantie tussen *forum* en *ius*, die is ontstaan doordat een buitenlands rechtsstelsel is aangewezen, wordt opgeheven. Door de toepassing van deze regel dient de zaak immers voor de rechter die de meeste kennis en ervaring van het toe te passen recht heeft en, niet onbelangrijk, ook het vereiste gezag heeft dit recht eventueel verder te ontwikkelen.[47]

631 Afweging

Hoewel een dergelijk middel dus erg effectief is, is het bepaald niet efficiënt. Zo zullen partijen gedwongen zijn de zaak weer opnieuw bij de buitenlandse rechter aanhangig te maken. Ook houdt een dergelijke oplossing geen rekening met het gegeven dat de buitenlandse rechter zich ook bevoegd moet achten om van een dergelijke zaak kennis te nemen. Een van de vereisten van *forum non conveniens* in het Engelse recht is daarom ook dat de vreemde rechter daadwerkelijk bevoegd is.[48] Indien dat niet het geval is, lopen de partijen het risico om in een 'bevoegdheidsrechtelijk vacuüm' te belanden. Ook speelt mee dat de partijen mogelijk de

43 Zie Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 354, 398-399.; Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 184, 409-410; Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 323-324. Voor Duitsland, zie W. Wengler, 'Der deutsche Richter vor unaufklärbarem und unbestimmten ausländischen Recht', *JR* 1983, afl. 6, p. 221-227, op p. 224; Krause, *Ausländisches Recht* 1995, p. 140.

44 Zie 'The Uniform Certification of Questions of Law Act', *Iowa L. Rev.*1969, p. 465-476, i.h.b. 468-469.

45 Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 393-394. Overigens bestaat deze discretionaire bevoegdheid in het Engelse recht nog maar kort, zie Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 393.

46 Vgl. *The Nile Rapsody* [1992] 2 Ll.L.Rep. 399, i.h.b. p. 410-413.

47 Vgl. ook *The Nile Rapsody* [1992] 2 Ll.L.Rep. 399, p. 412 en p. 413 '(…) will need to be considered through the eyes of Egyptian law and cannot possibly be decided by me here and now (…)').

48 Zie Cheshire, North & Fawcett 2017, p. 395-398.

zaak niet aanhangig willen maken bij de betreffende rechter, en zeker wanneer zij een forumkeuze hebben uitgebracht voor de reeds aangezochte rechter, rijst de vraag in hoeverre daarvan mag worden afgeweken. Hebben partijen dan niet bewust het risico genomen dat de aangezochte rechter het toe te passen, buitenlandse, recht mogelijk niet kan vaststellen? Aangezien er altijd nog een 'surrogaatrecht' of ander alternatief kan worden gevonden, lijkt de moeilijkheden die bij met de toepassing van vreemd recht gepaard gaan niet doorslaggevend om tot het vrij vergaande gevolg te leiden dat de rechter dan maar van zijn bevoegdheid moet afzien. Op Europees vlak komt daarbij nog het probleem dat de doctrine van *forum non conveniens* niet bekend is in het Europese ipr en volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie EG daarmee zelfs strijdig is.[49]

Al met al leidt de toepassing van de *forum non conveniens*-regel misschien tot een betere kwaliteit van de rechtsbedeling. Het gaat echter wel ten koste van veel andere belangen van de partijen. Ook is het mogelijk in strijd met bestaande bevoegdheidsregels van Europese origine. Een dergelijk alternatief valt dus niet aan te bevelen.

9.2.2 De conflictenrechtelijke methode: Gleichlauf en lex fori in proprio foro

632 Verschil tussen 'forum' en 'ius' verkleinen

In plaats van de regels inzake internationale bevoegdheid aan te passen, kunnen ook de verwijzingsregels worden veranderd. Dit kan op twee manieren gebeuren. Ten eerste is het mogelijk dat bij het ontwerpen van conflictregels zoveel mogelijk wordt geprobeerd om een zogenaamde '*Gleichlauf*' tot stand te brengen, waarbij het toepasselijke recht en de bevoegde rechter samenlopen.[50] De rechter past in dat geval steeds zijn eigen recht toe, wanneer hem op grond van de bevoegdheidsregels rechtsmacht toekomt. De *Gleichlauf* wordt in het moderne ipr soms toegepast, zoals in het geval van kinderbescherming.[51] Ook is het mogelijk dat de aanknopingspunten voor zowel internationale bevoegdheid als het toepasselijke recht zodanig zijn gekozen dat er praktisch van *Gleichlauf* sprake is. Zo zullen consumentenzaken veelal worden beoordeeld door de rechter van de woonplaats van de consument, onder toepassing van het recht van de gewone verblijfplaats van de consument.[52] In dat geval zal *de facto* de lex fori van toepassing zijn.

---

49 HvJ EG 1 maart 2005, zaak C-281/02, ECLI:EU:C:2005:120, *Jur.* 2005, p. I-1445 (*Owusu/Jackson*). Fentiman, *Foreign Law* 1998, p. 53, meent blijkbaar dat er wel enige flexibiliteit is bij de interpretatie van het EEX(-verdrag).

50 Zo ook Rogoz, *Ausländisches Recht* 2008, p. 219-220.

51 Zie art. 15 lid 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996, *Trb.* 1997, 299. Een ander voorbeeld betreft het samenspel tussen de Alimentatieverordening en het Haags Alimentatieprotocol 2007, *Trb.* 2011, 145, op grond waarvan ofwel de rechter van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsgerechtigde het recht van de gewone verblijfplaats van de alimentatiegerechtigde toepast (art. 3 sub b jo. art. 15 Alimentatieverordening jo. art. 3 lid 1 HAP 2007), ofwel de rechter van de gewone verblijfplaats van de onderhoudsplichtige de lex fori toepast (art. 3 sub a jo. art. 15 Alimentatieverordening jo. art. 4 lid 3 HAP 2007).

52 Art. 18 Herschikte EEX jo. art. 6 lid 1 Rome I.

633 Consequenties voor de conflictenrechtelijke methode

Het veralgemeniseren van *Gleichlauf* zal qua effect neerkomen op de acceptatie van de leer van *lex fori in proprio foro*, volgens welke de internationaal gezien bevoegde rechter altijd zijn eigen recht toepast. Deze leer is een product van de Amerikaanse '*conflicts revolution*', waarin de destijds in de VS gangbare conflictenrechtelijke methode onder vuur kwam te liggen. De voornoemde lex fori-benadering is afkomstig van Ehrenzweig,[53] die ervan uitging dat de aandacht voornamelijk moest uitgaan naar de regels van internationale bevoegdheid. Deze regels zouden volgens deze opvatting zodanig ontworpen moeten worden, dat de zaak altijd aanhangig wordt gemaakt bij die rechter wiens recht het meest op het geval toepasselijk zou zijn. In Nederland is De Boer een belangrijke vertegenwoordiger van deze leer.[54]

In beide gevallen zal de huidige conflictenrechtelijke methode echter teniet worden gedaan. Het is de vraag in hoeverre dat een wenselijke situatie is. Dit zou, op Europees vlak, niet alleen een verandering van de bestaande conflictenrechtelijke verordeningen tot gevolg hebben – deze zullen praktisch afgeschaft moeten worden – maar ook de regels inzake het internationaal bevoegdheidsrecht ondermijnen. Er moet immers een heel ander bevoegdheidsregime worden ontworpen, op grond waarvan het geschil steeds bij de rechter wordt aangebracht waarmee het geval de nauwste band vertoont. Daar komt bij dat wanneer men een dergelijk systeem in Europees verband zou willen invoeren, er nog steeds de mogelijkheid bestaat dat het recht van een derde staat een rol kan spelen. Met betrekking tot die staten zal dan ook een nieuw bevoegdheidsrecht ontwikkeld moeten dat voldoet aan de vereisten van het systeem van *lex fori in proprio foro*. Een dergelijk systeem lijkt niet haalbaar te zijn. Al met al is een dergelijk alternatief dus af te wijzen.

9.2.3 De eenvormige methode

634 'Europees BW'

Aan de eenvormige methode kan op verschillende manieren vorm worden gegeven. Tot op heden is dat voornamelijk gebeurd op het gebied van specifieke rechtsgebieden, bijvoorbeeld op mondiaal niveau – bijvoorbeeld het Weens Koopverdrag – of op Europees niveau door middel van harmoniserende richtlijnen. Sommige auteurs zijn echter een voorstander van een algemenere unificatie van materieel privaatrecht. Een bekend voorstel in dat verband is om in Europees verband een nieuw te ontwerpen Europees Burgerlijk Wetboek tot stand te brengen, dit na gedegen rechtsvergelijkend onderzoek.[55]

De totstandbrenging van een 'Europees BW' kent echter vele hindernissen, die niet allemaal gemakkelijk te overwinnen zijn. Afgezien van de vraag of er wel de

53 Zie A.A. Ehrenzweig, 'A Proper Law in a Proper Forum: A "Restatement" of the "Lex Fori" Approach', *Okla. L. Rev.* 1965, p. 340-356; A.A. Ehrenzweig, 'The Lex Fori – Basic Rule in the Conflict of Laws', *Mich. L. Rev.* 1960, p. 637-688.

54 Zie De Boer, in: *Voorkeur voor de lex fori* 2004, m.n. p. 246-248.

55 Zie, o.a., O. Lando, 'Lex Fori in Proprio Foro', *MJ* 1995, p. 359-375.

politieke wil bestaat om een dergelijk instrument tot stand te brengen, is het ook de vraag of de huidige EU-verdragen, het VEU en het VWEU, wel de wettelijke basis bieden op grond waarvan een dergelijk wetboek tot stand kan worden gebracht. Er is immers wel een rechtsgrondslag in het VEU en het VWEU aan te wijzen voor harmonisatie en unificatie op deelgebieden van het privaatrecht, zoals het consumentenrecht. Een algehele codificatie kan daarop niet worden gebaseerd. Zelfs dan nog zullen de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit een rol kunnen spelen, en zullen er minder vergaande alternatieven aangewezen kunnen worden die ook op lidstatelijk niveau tot stand gebracht kunnen worden.

635 Omstandigheden voor materieelrechtelijke unificatie

Veelal wordt beargumenteerd dat er twee belangrijke omstandigheden zijn voor de totstandkoming van codificaties. Dit zijn, ten eerste, de aanwezigheid van economische ontwikkelingen op grond waarvan rechtseenmaking, voornamelijk op rechtsgebieden die voor het handelsverkeer van belang zijn, als noodzakelijke voorwaarde wordt gezien voor de totstandkoming van een codificatie. Ten tweede wordt vaak gewezen op de politieke krachten, vaak van nationalistische aard, die de motor achter de negentiende-eeuwse codificatiepojecten zouden zijn geweest. Het recht zou, net als de taal en de cultuur, met de 'volksaard' zijn ingegeven, en daarom in een alomvattend wetboek worden vereeuwigd. Deze krachten zouden een centralistisch bewind van de natiestaat vereisen, met als gevolg dat ook de rechtsontwikkeling centraal – en dus via een wetboek – zou moeten plaatsvinden.[56]

Daarmee is nog niet gezegd dat het, zelfs als het al mogelijk is, het ook wenselijk is om een Europees BW tot stand te brengen. Het aangevoerde argument in het voordeel van zo'n BW is dat de rechtsverscheidenheid in Europa het handels- en rechtsverkeer zou storen. De daarmee gepaard gaande rechtsonzekerheid zou immers belemmerend werken voor de integratiepolitieke doelstellingen. De kracht van dit argument neemt af, wanneer er alternatieven zijn om een dergelijk gebrek aan onzekerheid weg te nemen. In wezen is dat alternatief er al in de vorm van het Europese ipr, dat immers duidelijkheid schept over de vraag welk recht een rechtsverhouding beheerst. Dat het qua karakter nog grotendeels een klassiek ipr is en niet specifiek op de intra-Europese verhoudingen is toegespitst, doet daaraan niet af. Het staat de partijen bij een rechtsverhouding vrij om in het buitenland juridisch advies te vragen over de inhoud van het toepasselijke recht, hetgeen binnen de EU wordt gewaarborgd door het vrije verkeer van diensten.[57] Verder is het de vraag of een dergelijk algemeen geldend wetboek wel nodig is, indien slechts een minderheid van de civiele geschillen een internationaal, laat staan een intra-Europees, karakter heeft. Voert het niet te ver om het gehele privaatrecht van de lidstaten door een 'code' te vervangen, zelfs als de meerderheid van de rechtsverhoudingen een zuiver intern karakter draagt?

---

56 Zie hiervoor o.a. Lokin & Zwalve, *Hoofdstukken* 2014, i.h.b. op p. 405, 507.

57 Vgl. ook Flessner, *ZEuP* 2006, p. 739-740, die als argument aanvoert dat het ontbreken van toetsing in hoogste instantie ook een inbreuk op de interne markt kan zijn.

636 '28ste model'

Wellicht is het effectiever om een zogenaamd '28ste model' tot stand te brengen.[58] Dit model kan wederom verschillende vormen aannemen. Zo kan het een optioneel karakter dragen, zoals is gebeurd met het Gemeenschappelijk Europees Kooprecht, waarvan de toepasselijkheid immers afhangt van een keuze door de partijen bij de rechtsverhouding.[59] Een wellicht nog interessantere gedachte, die zeker in het geval van de toepassing van buitenlands recht een rol kan spelen, is om een '28ste model' bij wijze van *subsidiair* rechtstelsel te hanteren. Als uitgangspunt kunnen daarvoor de reeds tot stand gebrachte 'principles' worden gebruikt, zoals de *Principles of European Contract Law* (PECL), de *Principles of European Tort Law* (PETL), de *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL) of de *Principles of European Insolvency Law* (PEIL). Vooral wanneer de inhoud van het toe te passen recht niet bekend is, kan in Europees verband een dergelijk subsidiair recht worden toegepast als 'surrogaatrecht'.

637 Afweging

De eenvormige methode is weliswaar een interessant alternatief, maar blijkt niet haalbaar te zijn. De rechtsverscheidenheid is te groot, en ook de politieke omstandigheden lijken niet gunstig te zijn voor een dergelijk project. Een algemeen unificatieproject zal onherroepelijk een beperkte geografische reikwijdte hebben en slechts beperkt zijn tot de Europese Unie. Voor staten buiten het regionale, politiek-economische verband zal de 'oude' conflictenrechtelijke methode nog steeds van toepassing blijven. Desalniettemin kent dit alternatief grote voordelen. Om te beginnen wordt daarmee het probleem van buitenlands recht in de kern geraakt. Eenvormig recht valt immers binnen het kennisdomein van de rechter, en zal, als deel van het 'eigen recht' ook vatbaar zijn voor verdere ontwikkeling, zeker wanneer op bovenstatelijk vlak de rechtseenheid en -ontwikkeling van dat recht door een bijzonder gerecht wordt gegarandeerd. Zo wordt zowel het 'kennisprobleem' als het 'gezagsprobleem', beide zo inherent met buitenlands recht verbonden, eenvoudig opgelost. Dit maakt de rechtstoepassing zowel efficiënter als effectiever. Een nadeel is echter dat dit ook ten koste gaat van het eigen recht. Indien de gevallen waarin buitenlands recht toepasselijk is nog steeds tot de minderheid van het aantal civiele procedures behoren, zal daarvoor geen rechtvaardiging kunnen worden gevonden. Dit zal slechts kunnen veranderen indien het aantal gevallen dat door een vreemde lex causae wordt beheerst in aantal zal toenemen, vooral wanneer de kosten van het onderzoek naar de inhoud van buitenlands recht onaanvaardbare hoogten zal bereiken. Indien het voor partijen financieel geen zin meer heeft om te procederen of wanneer de kosten van het onderzoek naar vreemd recht een groot deel van de systeemkosten zal gaan uitmaken, zal er meer noodzaak voor een

58 Dat wil zeggen, een wet naast de bestaande stelsels van nationaal recht, die eventueel door de partijen gekozen kan worden. Tot aan de Brexit zou van het '29ste model' zijn gesproken.

59 Zie art. 3 van het Voorstel voor een Verordening van het Europees Parlement en de Raad betreffende een gemeenschappelijk kooprecht, 11 oktober 2011, COM(2011)635 def., p. 28.

efficiëntere afdoening van civiele geschillen zijn. Een van die alternatieven kan dan wellicht worden gevonden in het eenvormige recht. Voorlopig lijkt het echter aanbevelenswaardig om eerst de toegang tot de inhoud van vreemd recht, in het bijzonder het recht van andere lidstaten, te verbeteren.

9.2.4 Erkenning in plaats van toepassing: Westacre v. Yugoimport

638 Erkenning als oplossing

Een bijzondere plaats is in dit verband weggelegd voor de manier waarop in de Singaporese zaak *Westacre v. Yugoimport* de inhoud van vreemd (Engels) recht werd achterhaald.[60] In deze zaak kwam de vraag aan de orde of het Engelse vonnis tussen de partijen voor registratie voor tenuitvoerlegging in aanmerking zou komen, hetgeen in Engeland een discretionaire bevoegdheid van de rechter betrof. Onderdeel van die vraag betrof het vereiste van reciprociteit, namelijk of een Singaporees vonnis in Engeland en Wales op gelijke voet zou worden geregistreerd. Aangezien de deskundigenberichten, die door beide partijen waren overgelegd, elkaar tegenspraken en hieruit geen eenduidig beeld naar voren kwam, meende de Singaporese rechter dat de zaak beter kon worden aangehouden om de partijen de opdracht te geven van de Engelse rechter een verklaring voor recht (*declatory relief*) te vragen dat het vonnis voor erkenning in Engeland en Wales in aanmerking zou komen. Nadat partijen dit hadden gedaan en een declaratoir vonnis van de Engelse rechter hadden verkregen,[61] werd dit Engelse vonnis erkend en op basis daarvan het Singaporese vonnis gewezen. Opvallend is dat de Engelse rechter dit blijkbaar op basis van welwillendheid deed, omdat eigenlijk sprake was van een hypothetische vraag en de Engelse rechter van mening was dat er '(…) was no lis pending between the two parties of which this court is seized (…)'.[62]

Een dergelijke handelswijze komt erop neer dat door middel van een *declaratoir* vonnis dat in het buitenland wordt uitgesproken, er uitsluitsel wordt verkregen over de inhoud van het toe te passen recht. In zoverre onderscheidt zich deze manier van handelen zich met een zuivere '*certification*'-procedure zoals eerder is besproken. In dat laatste geval beantwoordt de vreemde rechter slechts een gestelde vraag, maar blijft de procedure zelf anhangig bij de verzendende rechter. Op basis van de voornoemde Singaporese procedure heeft de *Supreme Court of New South Wales*, Australië, een 'Memorandum of Understanding' gesloten met de *Supreme Court* van Singapore en de *Supreme Court* van New York. Deze MoU's, die al eerder zijn besproken, voorzien in een *certification*-procedure waarin de rechter van de ene staat een vraag kan stellen aan de rechter van de andere staat over de toepassing van diens recht.

---

60 *Westacre Investments Inc. v. The State-Owned Company Yugoimport SDPR (also known as Jugoimport-SDPR)* [2008] SGCA 48 (via CommonLII).

61 *Westacre Investments Inc. v. The State-Owned Company Yugoimport SDPR* [2008] EWHC 801 (Comm).

62 *Westacre Investments Inc. v. The State-Owned Company Yugoimport SDPR* [2008] EWHC 801 (Comm), no. 2.

Hoewel deze zaken een interessante blik werpen op het probleem van buitenlands recht en de wijze waarop dat probleem kan worden benaderd, is het idee van een declaratoir van een vreemde rechter ten 'bewijze' van de inhoud van vreemd recht niet nieuw. Ook de Nederlandse rechter heeft in het verleden wel een declaratoir gegeven ten behoeve van een in het buitenland aanhangige zaak.

> Dit betrof het oordeel van het Hof Den Haag in 1964.[63] Deze zaak ging over een Spaanse schepeling aan boord van een in Nederland te boek gesteld schip, die een ongeval overkwam en, nadat hem de betreffende vergoeding op grond van de Zeeongevallenwet 1919 was uitbetaald, meer vergoeding wilde en daartoe een vordering aanhangig maakte bij de rechter in Virginia, VS, op grond van (destijds) art. 1401 BW(oud). De Amerikaanse rechter was van oordeel dat hij bevoegd was en dat Nederlands recht van toepassing was, maar tevens dat hij 'minder kompetent' was om de vordering naar Nederlands recht te beoordelen. Hij schortte derhalve zijn beslissing op totdat de Nederlandse rechter daarover zou hebben geoordeeld. Partijen vroegen de Nederlandse rechter om een declaratoir en de Nederlandse rechter oordeelde dat de gelaedeerde niets meer te vorderen had, welke uitspraak door de Amerikaanse rechter is gebruikt om de vordering af te wijzen.

639 Voor- en nadelen

Het model volgens welke een vreemde rechter wordt gevraagd om een verklaring voor recht af te geven over de wijze waarop zijn eigen recht in het gegeven geval moet worden toegepast, is om verschillende redenen minder geëigend om te worden gebruikt om problemen bij de toepassing van vreemd recht op te lossen. Als ontegenzeggelijk voordeel kan worden genoemd dat deze benadering een zeer effectieve, zo niet de effectiefste, manier is om een oplossing te bieden voor een door vreemd recht beheerste rechtsvraag. Niet alleen wordt het genoemde kennistekort immers opgevuld door iemand met ervaring in de toepassing van zijn eigen recht, maar tevens met het gezag om dat recht te vormen, zij het als hoogste rechter, zij het als lagere rechter in een systeem waarin rechtsmiddelen kunnen worden gehanteerd. Ook de hele toepassingsvraag wordt door de buitenlandse rechter beantwoord. Dit omvat ook de beoordeling en eventuele (her)kwalificatie van de feiten en de afstemming van het materiële recht op het procesrecht. Met andere woorden, niet alleen wordt een dergelijke informatie verstrekt dat kan worden bepaald welke subjectieve rechten aan het objectieve recht ontleend kunnen worden, maar die subjectieve rechten worden door de vreemde rechter in feite al bepaald. Het komt erop neer dat de eerst aangezochte rechter de rechten erkent die door één van de partijen in de vreemde procedure zijn toegekend door de rechter aldaar.[64]

Hoewel effectief, is het middel overigens niet erg efficiënt. Een deel van de procedure wordt immers volledig aan de vreemde rechter 'overgedragen', hetgeen betekent dat het is onderworpen aan de regels van het procesrecht, bewijsrecht en de rechterlijke organisatie van die staat. Partijen procederen in wezen opnieuw, moeten eventueel bewijs en kunnen zo nodig in hoger beroep. De kosten zullen

---

63 Gerechtshof 's-Gravenhage 3 juni 1964, S&S 1965, 28 (ook te vinden in R.D. Kollewijn, *Vier jaren Nederlandse rechtspraak internationaal privaatrecht (1964-1968)*, Deventer: Kluwer 1972, p. 122.

64 De vergelijking dringt zich op met de metafoor die Kinsch heeft gebruikt: vreemde vonnissen, ook declaratoire, zijn '*vehicles for substantive rights*.' Zie Kinsch, *NIPR* 2014, p. 540.

oplopen, vooral als procesvertegenwoordiging vereist is, en het zal lang duren voor het oorspronkelijke geschil, dat bij de eerst aangezochte rechter aanhangig is gemaakt, definitief wordt beslecht.

In feite komt een dergelijke handelswijze neer op een soort 'deelgeschil', aangezien een gedeelte van het geschil aan een buitenlandse rechter wordt voorgelegd. Het is de vraag in hoeverre dit wenselijk is, omdat op deze manier juist een inbreuk wordt gemaakt op het conflictenrechtelijke denken zoals dat momenteel gebruikelijk is. Immers, juist doordat een rechtsstelsel openstaat voor de toepassing van een vreemd recht, aangewezen door de conflictregel, is het niet meer nodig dat men naar een buitenlandse rechter moet gaan om daar een zaak aanhangig te maken. Feitelijk wordt op deze wijze een incidentele vorm van *lex fori in proprio foro* toegepast; de vreemde rechter wordt geacht beter in staat te zijn om zijn eigen recht toe te passen en de rechter die eerst is aangezocht is slechts benodigd om aan het aldus verkregen declaratoir 'effect' te geven. Het vragen van een declaratoir vonnis in voormelde zin zou leiden tot een ondermijning van de conflictenrechtelijke methode zoals die momenteel wordt gehanteerd. Dit is hetzelfde bezwaar als ook kan worden aangevoerd tegen de opvatting om in Europees verband meer aansluiting te zoeken bij een *Gleichlauf*-benadering, volgens welke de bevoegde rechter zijn eigen recht toepast.[65]

Het belangrijkste bezwaar tegen het model van het 'declaratoir' is nog wel dat het in strijd is met bestaande regels van internationale bevoegdheid. Binnen de EU zal een dergelijke benadering immers niet mogelijk zijn. De (Herschikte) EEX zal eraan in de weg staan dat een bevoegde rechter de zaak aanhoudt om een deel ervan door een andere rechter te laten beoordelen. Om te beginnen kan de vreemde rechter, die om een verklaring voor recht over de toepassing van zijn eigen recht wordt gevraagd, eenvoudigweg niet bevoegd zijn om van het geschil kennis te nemen. Maar ook wanneer hij wel bevoegd zou zijn, betekent dit nog niet dat de partijen ook voor deze rechter wensen te procederen. Er zijn wellicht goede redenen om het geschil juist niet aan deze rechter voor te leggen. Verder speelt mee dat de litispendentieregel van art. 29 Herschikte EEX het hoogstwaarschijnlijk niet toestaat dat de laatst aangezochte rechter van het geschil kennis neemt. Een dergelijk declaratoir zal, gezien de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake de zogeheten *negative Feststellungsklage*, immers worden beschouwd als een zaak die hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust als de oorspronkelijke procedure.[66] Er zijn geen redenen om aan te nemen dat dit anders is wanneer het declaratoir slechts betrekking heeft op de toepassing van het recht.[67] Wanneer partijen dus bij de vreemde rechter verschijnen om een verklaring voor recht in voornoemde zin te

65 Zie daarvoor paragraaf 9.2.2.

66 Zoals in het geval van een negatief declaratoir, zie HvJ EG 6 december 1994, zaak C-406/92, Jur. 1994, p. I-5439, ECLI:EU:C:1994:400, (*Tatry*), r.o. 37-45; HvJ EU 25 oktober 2012, zaak C-133/11, ECLI:EU:C:2012:664 (*Folien Fischer*), r.o. 41-49; HvJ EU 19 december 2013, zaak C-452/12, ECLI:EU:C:2013:858 (*Nipponkoa Insurance/Inter-Zuid Transport*), r.o. 40-49.

67 Sterker nog: het declaratoir inzake de toepassing van het recht ziet juist op een onderdeel van de taak van de oorspronkelijke rechter, aangezien een deel van de oordeelsvorming – vaststelling van de inhoud van de toepasselijke rechtsregels en dienovereenkomstige toepassing op de vaststaande feiten – door deze als het ware wordt 'uitbesteed' aam een vreemde rechter.

vorderen, zal de laatst aangezochte rechter dus eerst de zaak moeten aanhouden om te bezien of de eerst aangezochte rechter zich over zijn bevoegdheid heeft uitgesproken, om zich vervolgens ambtshalve onbevoegd te verklaren wanneer de bevoegdheid van de eerst aangezochte rechter vaststaat.[68] Dit betekent dat er een aanpassing van het Europese ipr nodig zou zijn om een dergelijke optie mogelijk te maken. Wel zou dit op basis van commuun ipr normaliter mogelijk kunnen zijn, ware het niet dat in Nederland dezelfde weg als in het Europese ipr is gevolgd.[69]

640 Eenvoudige rechtsvragen

Daarentegen kan de erkenning als in voormelde zin op een kleinere schaal een belangrijke rol spelen. Een bekend voorbeeld daarvan is het certificaat, volgens welke aanstaande echtelieden van de staat waarvan zij de nationaliteit bezitten, een verklaring kunnen verkrijgen waarin wordt aangegeven dat zij bevoegd zijn in het huwelijk met elkaar te treden. Deze techniek, die vooral voor de rechtstoepassing door buitengerechtelijke autoriteiten van belang is, kan op een efficiënte en effectieve wijze allerlei eenvoudige rechtsvragen verhelpen. Vooral is dit een adequaat middel wanneer deze vragen een prealabel karakter hebben. Ook de Europese verklaring van erfrecht kan in dat verband worden aangehaald. Verder in het kader van kinderontvoeringszaken wordt al gebruikt gemaakt van de procedure in de zin van art. 15 HKOV, volgens welke een nationale autoriteit aan de autoriteit van het land waar het kind eerst verbleef, kunnen verzoeken om beslissing dat het wegnemen van het kind onrechtmatig was. Het principe is feitelijk gelijk. Dergelijke door officiële instanties of openbare ambtenaren afgegeven 'verklaringen' kunnen een groot deel van de kennisproblematiek verhelpen.

9.3 Aanbevelingen voor het Nederlandse recht

641 Aanpassingen

Wat betekent het voorgaande voor de behandeling van conflicten- en buitenlands recht in Nederland? Gesteld kan worden dat de inwerkingtreding van art. 10:2 BW geen aanmerkelijke duidelijkheid heeft gebracht. Zo worden sommige kwesties, zoals de processuele status van internationale elementen of het te kiezen 'surrogaatrecht' ingeval het vreemde recht niet vastgesteld kan worden, door dit artikel onbesproken gelaten. Het is zelfs verdedigbaar dat de inwerkingtreding van art. 10:2 BW juist aanleiding heeft gegeven tot meer onzekerheid, aangezien het momenteel niet duidelijk is wat de positie van het artikel is ten opzichte van het stelsel van art. 24 en 25 Rv.

Gezien de voorstellen die tot op heden zijn gedaan om op Europees niveau een harmonisatie van de materie tot stand te brengen, is de Nederlandse situatie echter

68 Art. 29 lid 1 jo. 29 lid 3 Herschikte EEX.

69 Art. 12 Rv. De afdeling van het Rv dat over de rechtsmacht van de Nederlandse rechter gaat, moet worden geïnterpreteerd in het licht van het EEX. Zie *Kamerstukken II*, 1999-2000, 26855, nr. 3 (MvT), p. 33.

grotendeels in overeenstemming met de meeste voorstellen. Desondanks verdienden de volgende onderwerpen het om voor heroverweging in aanmerking te komen:

I. De processuele status van internationale elementen;
II. De verhouding tussen art. 24 en 25 Rv en art. 10:2 BW;
III. De stroomlijning van het conflictenrechtelijk procedé;
IV. De financiële investering in de verbetering van de toegang tot vreemd recht;
V. De maatstaf voor en de consequenties van het gegeven dat vreemd recht onkenbaar is;
VI. De positie van vreemd recht in appel en cassatie;
VII. De positie van vreemd recht in bijzondere, met name spoedeisende, procedures;
VIII. De toepassing van vreemd recht door niet-gerechtelijke autoriteiten.

Deze elementen zullen in het navolgende één voor één worden besproken.

9.3.1 Verduidelijking processuele status van internationale elementen (I)

642 Mogelijkheden

Momenteel is niet duidelijk wat de status van voor de rechtsaanwijzing relevante feiten zijn. Er is geen heersende leer wanneer het gaat om de stelplicht- of de bewijslastverdeling, om de adequate bewijsmiddelen om dergelijke feiten vast te stellen, of om de consequentie wanneer een dergelijk bewijs niet is geleverd. In de literatuur wordt aangenomen dat conflictenrechtelijk en materieelrechtelijk relevante feiten niet op één lijn gesteld kunnen worden.[70] Vanwege het belang van de internationale elementen in een procedure, is het raadzaam dat daarover meer zekerheid wordt gecreëerd.

Er zijn zes alternatieven om deze materie in het Nederlandse procesrecht te regelen. Daarvan passen er vijf binnen het huidige stelsel en vereist er één een nieuwe regeling. Ten eerste kan de vaststelling van internationale elementen worden onderworpen aan hetzelfde bewijsregime als de materieelrechtelijke relevante feiten die aan de zaak ten grondslag liggen. Met andere woorden, aan de hand van het stelsel van art. 149 en 150 Rv worden deze feiten onderworpen aan de gebruikelijke stelplicht- en bewijslastverdeling, tenzij het kwesties betreft die materieel gezien indisponibel zijn. Ten tweede kan het stelsel van art. 149 en 150 Rv naar *analogie* worden toegepast op het conflictenrecht, in die zin dat in conflictenrechtelijk opzicht sprake is van disponibel recht wanneer een rechtskeuze is toegestaan; in de overige gevallen, dus wanneer slechts de objectieve verwijzingsregel het toepasselijke recht regelt, zal de rechter ambtshalve de daarvoor benodigde feiten vaststellen. Ten derde kunnen dergelijke feiten ook steeds ambtshalve door de rechter worden vastgesteld. Feitelijk wordt het conflictenrecht dan als recht van openbare orde gezien. Ten vierde kan de spiegelbeeldige situatie worden gehanteerd, namelijk dat conflictenrecht per definitie als disponibel recht wordt beschouwd en de vaststelling van voor de rechtsaanwijzing relevante feiten dus

70 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 95. Zie ook paragraaf 8.1.2.

wordt overgelaten aan de stelplicht en bewijslastverdeling van art. 149 en 150 Rv. Kortom, de vaststelling van dergelijke feiten is in dat geval dus sterk afhankelijk van het partij-initiatief. Ten vijfde is het mogelijk dat de vaststelling van dergelijke internationale elementen niet wordt onderworpen aan het bewijsrecht, maar aan de inlichtingenplicht van art. 21 en 22 Rv. In dat geval kan de rechter, wanneer hij aanwijzingen voor de aanwezigheid van internationale elementen heeft, partijen bevelen zich daarover uit te laten. Wanneer zij weigeren, kan hij daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht, hetgeen in casu dan conflictenrechtelijk kan worden ingekleurd. Tot slot is het mogelijk dat voor de vaststelling van internationale elementen in de civiele procedure een eigen regime wordt ontwikkeld, waarbij rekening wordt gehouden met de bijzondere aard van dit soort feiten.

643 Consequenties

Afgezien van de vraag, op welke wijze de voor de rechtsaanwijzing relevante feiten vastgesteld worden, is er ook de kwestie van niet-vaststelling van dergelijke feiten en de consequenties daarvan. Voor dat vraagstuk zijn er drie mogelijke oplossingen. In het eerste geval kan de vordering of het verzoek worden afgewezen, dan wel het verweer worden verworpen, omdat het toepasselijke recht niet kon worden vastgesteld. Feitelijk wordt het toepasselijke recht dan zodanig nauw met het geschil verbonden geacht, dat niet-vaststelling van het toepasselijke recht rechtstreeks het falen van vordering, verzoek of verweer tot gevolg heeft. De tweede optie is dat, bij het gebreke van duidelijk vaststaande feiten die op de toepasselijkheid van een vreemd rechtstelsel wijzen, de lex fori van toepassing wordt geacht. In dat geval wordt de toepasselijkheid van de lex fori als uitgangspunt genomen, en wordt de toepasselijkheid van vreemd recht slechts dan aangenomen wanneer de in het geding vastgestelde feiten daarop wijzen. Tot slot is het mogelijk dat de rechter op basis van vermoedens het rechtsstelsel (eigen of vreemd) van toepassing verklaart, waarmee het geval een bepaalde mate van verbondenheid vertoont. Hoewel bijvoorbeeld de nationaliteit of de gewone verblijfplaats van een partij niet is vastgesteld, maar er wel aanwijzingen zijn die op een bevestiging daarvan duiden, kan de rechter alsnog oordelen dat het recht van staat A of B van toepassing is.

644 Aanbeveling

Welke oplossing is voor het Nederlandse recht aan te bevelen? Het lijkt het meest aangewezen om voor de internationale elementen een eigen benadering te kiezen, die recht doet aan het bijzondere karakter ervan en die ruimte laat voor een flexibele behandeling. Zoals eerder als is besproken,[71] zou de status van de noodzakelijke feiten afhankelijk moeten worden gesteld van de status van de conflictregel of het vreemde recht. Voor de Nederlands positie wordt betoogd dat de conflictregel en het vreemde recht ambtshalve worden toegepast, tenzij de partijen in een geval waarin zij de vrije beschikking over hun rechten hebben, besluiten dat het geval naar Nederlands recht moet worden beslist. Dit betekent dat de conflictregel dus deels

71 Paragraaf 8.1.2.

disponibel is. Het ligt dan ook niet in de rede om een dergelijk onderscheid ook op de feiten van toepassing te verklaren. Immers: zelfs als de rechter uit eigen beweging de toepasselijkheid van een vreemd recht mag vaststellen, kunnen de partijen dat met een dergelijke processuele dispositievrijheid nog ecarteren. Het lijkt beter om de rechter in beginsel de bevoegdheid te geven om de partijen te vragen zich uit te laten over de noodzakelijke feiten, en deze daartoe desnoods een last op te leggen. Daarbij kan naar analogie gebruik worden gemaakt van het factorenschema uit paragraaf 8.1.1.3. Bovendien kan in dat verband tegelijkertijd door partijen worden gesteld dat zij de toepassing van het eigen recht wensen, voor zover dat althans is toegestaan. Bij de vraag of de feiten zijn komen vast te staan, kan de maatstaf worden gebruikt dat het waarschijnlijk is dat het aanknopingspunt in de betreffende staat is gelegen. Daarbij kan aandacht worden gegeven aan de omstandigheid dat de ligging van het aanknopingspunt tussen partijen niet in geschil is. Wanneer dat niet het geval is, is het aanknopingspunt niet komen vast te staan. Dit betekent dat het geval zal worden beschouwd als een zuiver interne situatie.

9.3.2 Verduidelijking processuele inkadering van het conflictenrecht: omvang rechtsstrijd en karakter excepties (II)

645 Relatie art. 10:2 BW en art. 24 en 25 Rv onduidelijk

Met de inwerkingtreding van art. 10:2 BW is er vanuit wetssystematisch oogpunt onzekerheid over de verhouding tussen dat voorschrift en het stelsel van art. 24 en 25 Rv. Waar in de periode voorafgaand aan 1 januari 2012 het ipr en het vreemde recht als rechtsgrond in de zin van art. 25 Rv of diens voorganger art. 48 Rv (oud) werd beschouwd – en dus werd beperkt door de grenzen van de rechtsstrijd zoals door partijen gesteld – is het in het huidige systeem de vraag of art. 10:2 BW nog wordt beperkt door art. 24 Rv. Deze vraag is meer dan zuiver academisch; de casussen *Al Rafidain/Solvochem* en *ICL/Potasse*[72] hebben immers laten zien dat een verzwaarde stelplicht in internationaal verband tot moeilijkheden kunnen leiden, zeker wanneer daarbij het recht van een andere Staat van toepassing is.[73] Hoewel kan worden gezegd dat de wetgever met art. 10:2 BW waarschijnlijk geen verandering heeft beoogd,[74] neemt dat niet weg dat een dergelijke vraag ook onder het oude regime al problematisch leek te zijn.[75] Een verheldering lijkt hier dus nodig te zijn.

Het gevolg daarvan is dat ook in het huidige systeem de toepasselijkheid van vreemd recht mogelijk aan de partijdispositie is onderworpen voor zover er geen

72 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV1522, *JOR* 2012/218, m.nt. C.G. van der Plas, *NJ* 2013/235, m.nt. ThMdB, *NIPR* 2012/196 (*Al Rafidain Bank/Solvochem*) resp. HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *JIN* 2015/225, m.nt. J. van Weerden, *JBPr* 2017/44, m.nt. S.J. Schaafsma.

73 Zie daarvoor de paragrafen 1.2.1. en 2.3.3.2.

74 De Minister meent evenwel dat een verduidelijking van de ambtshalve toepassing van vreemd recht toch de voorkeur verdient, zie *Kamerstukken II* 2009-10, 33137, nr. 3 (MvT), p. 8.

75 Zowel *Rafidain/Solvochem* en *ICL/Potasse* zijn gewezen onder het regime van art. 25 Rv, en niet van art. 10:2 BW.

rechten aan de orde zijn die de openbare orde in processuele zin raken.[76] Dit roept twee aanvullende vragen op, te weten: i) is het wenselijk dat partijen onder omstandigheden processueel over het toepasselijke recht kunnen beschikken, ook als er conflictenrechtelijk beschouwd geen rechtskeuzemogelijkheid bestaat?, en ii) aan de hand van welk recht moet de vraag worden beantwoord of de in het geding zijnde rechten van openbare orde in processuele zin zijn?

646 Processuele beschikkingsvrijheid

Op de eerste vraag kan worden geantwoord, dat het wenselijk is om aan partijen dispositievrijheid toe te kennen wanneer het een geschil betreft dat niet van openbare orde is. Wanneer zij immers in een zuiver interne situatie de rechter kunnen binden aan een bepaalde rechtsgrondslag, zoals aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in plaats van wanprestatie,[77] valt niet in te zien waarom zij dat niet mogen in een internationaal geval, zeker wanneer zij daarbij binnen de kaders van de verwijzingscategorie blijven (foraal contractenrecht versus vreemd contractenrecht). Slechts de openbare orde, zoals zij in processuele zin begrepen wordt, kan daaraan in de weg staan en kan vereisen dat zoveel mogelijk het toepasselijke recht wordt achterhaald. Met andere woorden, in de afweging tussen partijbelang en het conflictenrechtelijke belang de zaak zoveel mogelijk door het eigenlijk toepasselijke recht te laten beheersen, laat de openbare orde de balans naar het laatstgenoemde overhellen. De rechtshandhavingsfunctie van het burgerlijk procesrecht derogeert dus aan de rechtsbeschermingsfunctie. Dit is slechts anders indien de conflictregel, waarvan de toepassing door de openbare orde is aangemoedigd, een rechtskeuze toestaat die in het gegeven geval voor de toepassing van de lex fori kan leiden. De conflictregel vergt in dat geval niet dat hij wordt toegepast.

647 Processuele openbare orde

Op de tweede vraag kan worden geantwoord, dat de kwestie van de openbare orde moet worden bezien aan de hand van de lex fori. De rechtvaardiging daarvoor kan worden gevonden in de processuele functie die de openbare orde in dit verband vervult, zodat ex art. 10:3 BW daarop het Nederlandse recht van toepassing is (*lex fori regit processum*). Weliswaar wordt de openbare orde in processuele zin ingevuld door het materiële (Nederlandse) recht, maar dit is eigenlijk niet meer dan een materieelrechtelijke voorvraag bij de toepassing van een procesrechtelijke regel. Er had immers ook een zelfstandige invulling van dit begrip op procesrechtelijk niveau gegeven kunnen worden. In plaats daarvan wordt aangeknoopt bij de waardevoorstellingen, zoals deze blijken uit het materiële recht.

Bovendien zou het alternatief, namelijk om de vraag naar het openbare ordekarakter door de lex causae te laten beheersen, uitermate inefficiënt zijn. In dat geval moet de rechter eerst de inhoud van het vreemde recht achterhalen om te bezien of

76 Anders: Mostermans, *De processuele behandeling* 1996, p. 95, en Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 166-167.

77 Zie paragraaf 2.2.3.

dat recht wellicht van openbare orde is en hij ambtshalve moet optreden. Indien hij dat onderzoek heeft gedaan, kan hij echter tot de conclusie komen dat de betrokken rechten volgens vreemd recht zo'n openbare orde-karakter helemaal niet hebben, en de materie juist aan het partij-initiatief is overgelaten. Feitelijk heeft de rechter dan ambtshalve onderzocht dat hij misschien niet buiten de grenzen van het geschil had hoeven treden. Door het ambtshalve onderzoek is dan gebleken dat hij geen ambtshalve onderzoek hoefde te verrichten. [78]

648 Stelplicht bij sommige excepties

Een vraag die daarmee samenhangt, is of en, zo ja, hoe de rechtsstrijd met betrekking tot het conflictenrecht zelf door partijen kan worden beperkt. Weliswaar wordt in het Nederlandse recht tot uitgangspunt genomen dat de regels van internationaal privaatrecht ambtshalve door de rechter worden toegepast, maar dit neemt niet weg dat sommige regels van ipr wel degelijk een stelplicht van partijen verlangen. Bij de toepassing van de correctiemechanismen die het ipr kent, zijn de stellingen van partijen vaak onontbeerlijk. Een voorbeeld daarvan vormt de exceptie-clausule, ongeacht of deze specifiek is (zoals in art. 3 van Rome I) of algemeen (art. 10:8 BW). De vraag of er een nauwere band met een ander land bestaat, zal afhankelijk zijn van het feitencomplex. Eigenlijk betreft dit de vaststelling van voor de toepassing van conflictenrecht relevante feiten, waarvoor kan worden verwezen naar de voorgaande subparagraaf. Daarnaast zijn er ook excepties die duidelijk het belang van (één van de) partijen beogen te waarborgen, zoals het *Lizardi*-correctief of de *fait accompli*-exceptie. Deze excepties gaan verder dan het waarborgen van een conflictenrechtelijk gezien 'juist' verwijzingsresultaat, in die zin althans dat het recht wordt aangewezen waarmee de rechtsverhouding de nauwste verbondenheid toont (zoals bij exceptieclausules). In plaats daarvan beschermen zij voornamelijk het gerechtvaardigd vertrouwen van de partijen. Gezien dit karakter, waarbij partijen of een hunner worden 'beschermd' tegen een al te mechanische werking van het conflictenrecht, is het verdedigbaar dat een beroep op deze excepties als rechtsmiddel in processuele zin wordt beschouwd. Pas wanneer een van de partijen ex art. 24 Rv een beroep doet op ofwel de *Lizardi*-regel of op de exceptie van het *fait accompli*, zal de rechter deze excepties mogen toepassen. Wanneer zij worden ingeroepen, moet de rechter ambtshalve de rechtsgronden aanvullen.

649 Aanbeveling

Het lijkt aanbevelenswaardig dat art. 10:2 BW wordt uitgebreid met een extra lid, volgens welke de partijen, in een geval waarin zij vrij over hun rechten kunnen beschikken, ervoor mogen kiezen dat hun rechtsverhouding wordt beoordeeld in het licht van de lex fori.

---

78 Dit is ook het uitgangspunt van de Franse literatuur. Zie Corneloup, in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 159-161, i.h.b. p. 160.

9.3.3 Stroomlijning van het conflictenrechtelijke procedé in de procedure (III)

650 Conflichtenrecht zo vroeg mogelijk behandelen

Op dit moment bestaat er in het Nederlandse procesrecht geen bijzondere procedure of incident om de vraag naar het conflictenrecht of het buitenlandse recht op te werpen. Zolang de kwestie nog niet als tardief kan worden gekwalificeerd, mag een beroep op regels van ipr of van vreemd recht worden gedaan. Het is de vraag in hoeverre dat een wenselijke situatie is, omdat veel tijd verloren kan gaan wanneer pas in de loop van het geding de vraag naar het toepasselijke recht wordt gesteld. Het beginsel van hoor en wederhoor kan eisen dat, wanneer het toepasselijke recht anders lijkt te zijn dan in eerste instantie werd gedacht, partijen in de gelegenheid worden gesteld om hun stellingen aan te passen.

Maar ook in een ander opzicht is het van belang dat het toepasselijke recht in een zo vroeg mogelijk stadium komt vast te staan. De vraag naar de stelplicht en bewijslastverdeling wordt immers beheerst door de lex causae.[79] Met andere woorden, de vraag *welke* feiten door *welke* partij gesteld moeten worden, is afhankelijk van het toe te passen recht. Dat recht zal eerst gevonden moeten worden en de inhoud daarvan worden vastgesteld, voordat de exacte stelplicht en bewijslast bekend is.[80] Zolang daarover nog geen zekerheid bestaat, en pas later in de procedure komt vast te staan dat het toepasselijke recht anders is dan eerst werd aangenomen, kan het voorkomen dat de ene partij al feiten heeft moeten bewijzen waarvan de bewijslast eigenlijk rustte op haar wederpartij. Deze vicieuze cirkel is de consequentie van een combinatie van enerzijds de lex causae-benadering en anderzijds de in het Nederlandse bewijsrecht vigerende objectief-rechtelijke bewijsleer. Het voert buiten het bestek van de onderhavige studie om in te gaan op de wenselijkheid van het toepasselijk verklaren of de geschiktheid van de objectief-rechtelijke bewijsleer voor internationale aangelegenheden. Volgens Mostermans valt dit probleem in de praktijk mee doordat in de meeste gevallen de antikiesregel kan worden toegepast.[81] Het is voor twijfel vatbaar of dit een houdbare opvatting is, gezien de (in Nederland) bestaande mogelijkheid om de bewijslast om te keren op grond van de redelijkheid en billijkheid,[82] hetgeen in andere rechtsstelsels niet noodzakelijkerwijs het geval hoeft te zijn.

In ieder geval kan worden verdedigd dat wanneer pas op een later moment in de procedure de vraag naar het toepasselijke recht wordt gesteld, partijen niet alleen de gelegenheid moeten krijgen hun stellingen aan te passen, maar ook de rechter die de zaak behandeld wordt vervangen in het geval nieuwe of hernieuwde bewijsverrichtingen nodig zijn. Zo wordt een uitzondering gemaakt op het uitgangspunt dat de behandeling en beslissing van de zaak zoveel mogelijk door dezelfde rechter(s)

---

79 Art. 10: 13 BW. Zie voorts art. 18 lid 1 Rome I en art. 22 lid 1 Rome II.

80 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 45.

81 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 45.

82 Art. 150 Rv.

plaatsvindt,[83] maar deze uitzondering wordt gerechtvaardigd door het internationale karakter van de zaak waardoor er een minder helder zicht was op de stelplicht en bewijslast van partijen. Een uitzondering hierop kan worden gemaakt wanneer beide partijen overeenkomen van een dergelijke hernieuwde behandeling af te zien.

651 Substantiëringsplicht?

Mostermans heeft in het verleden al voorgesteld om de substantiëringsplicht van partijen op die wijze uit te breiden, dat partijen in de procesinleidende stukken opnemen welk recht naar hun mening van toepassing is.[84] Hoewel een dergelijke verplichting partijen al stemt tot het nadenken over het toepasselijke recht en zo in een vroeg stadium al een nuttige bijdrage aan het processuele debat over het toepasselijke recht kan leveren, kan niettemin de vraag worden gesteld of een dergelijke verplichting wel ver genoeg gaat. Partijen of hun advocaten kunnen standaard in hun inleidende processtuk[85] opnemen dat Nederlands recht van toepassing is.[86] Bovendien kan dit leiden tot uitlegproblemen: wanneer een eiser meent dat Nederlands recht van toepassing is en de wederpartij dit ofwel niet weerspreekt ofwel zelf een stelling met een dergelijke strekking in haar antwoord opneemt, is er dan sprake van een processuele rechtskeuze voor de lex fori? Ook de door Mostermans voorgestelde 'sanctie' dat de rechter een discretionaire bevoegdheid bezit om de zaak aan te houden totdat eiser of verzoeker aan zijn verplichting heeft voldaan,[87] kan stuiten op het bezwaar dat de procedure voortvarend moet worden afgedaan. Voorts is het de vraag hoe de rechter zijn discretionaire bevoegdheid gaat uitoefenen. Ook bepaalt een dergelijke regel niets over de relevante feiten die wijzen op de toepasselijkheid van een ander rechtsstelsel.

652 Incident?

Een alternatief zou zijn om een bijzonder 'incident' over de internationale aspecten van de zaak in te voeren, op dezelfde manier als momenteel een bevoegdheidsincident kan worden ingesteld. Desnoods zal een dergelijke incident ambtshalve door de rechter opgeworpen kunnen worden, onder de voorwaarde dat daarvan door partijen kan worden afgezien in een geval waarin zij vrijelijk over hun rechten

---

83 Stein/Rueb, *Compendium* 2015, no. 2.6. Maar: op zichzelf is de partijdigheid van de rechter niet gegeven wanneer het gaat om een beoordeling in dezelfde instantie, zie HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4012, *NJ* 2009/562, m.nt. HJS, en HR 10 april 2015, *RvdW* 2015/511.

84 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 169-174.

85 Dagvaarding of verzoekschrift of, onder het KeI-regime, de 'procesinleiding'.

86 Zoals ook gebeurde met de rechtskeuze in echtsscheidingsconvenanten onder het regime van art. 1 WCE en momenteel ook kan gebeuren bij de rechtskeuze in testamenten. In het laatste geval zijn notarissen verplicht om het testament nog aan hun cliënten voor te lezen of, wanneer zij dit gelezen hebben, althans verkort samen te vatten. Daarbij kan de rechtskeuze nog aan de orde komen.

87 Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 172-173.

kunnen beschikken.[88] In een dergelijke incident kan de vraag naar het toepasselijke recht en de inhoud daarvan worden beantwoord, voordat wordt verdergegaan met de inhoud van de zaak en de bewijstechnische aspecten. In een dergelijk geval zal ook de stelplicht en bewijslastverdeling in een eerder stadium komen vast te staan, hetgeen voorkomt dat partijen in een later stadium hun stellingen moeten aanpassen en de zaak onnodige vertraging oploopt. Ook zal de vaststelling van voor de rechtsaanwijzing relevante feiten een bijzondere behandeling kunnen krijgen. Mocht een dergelijk incident achterwege blijven, kan worden doorgeprocedeerd met de lex fori als toepasselijk recht. Eventueel kan in een hoger beroep of in een later stadium in dezelfde instantie alsnog worden toegestaan dat een dergelijk incident wordt geopend. Dit zal afhangen van het procesbeleid van de rechter, die de daarbij betrokken belangen kan afwegen.

653 Invloed KeI-wetgeving

De wetgever heeft met de vaststelling van de KeI-wetgeving[89] bij wijze van experiment substantiële wijzigingen in het burgerlijk procesrecht aangebracht, die althans voor twee gerechten gelden. Het is tot op heden niet duidelijk of deze wijzigingen in de toekomst gehandhaafd zullen blijven en wat deze vernieuwde processtructuur zal gaan betekenen voor het probleem van het toepasselijk recht. De in de KeI-wetgeving voorgestelde 'basisprocedure' is immers alleen bedoeld voor eenvoudige gevallen; voor ingewikkelder gevallen kan de rechter 'maatwerk' leveren door de basisprocedure uit te breiden.[90] Het is de vraag of een casus met internationale elementen per definitie wel geschikt is voor de basisprocedure. Het zal afhangen van de context van de zaak of dat zo is. De momenteel bestaande onduidelijkheid op dat vlak zal de rechtszekerheid niet bepaald bevorderen.

9.3.4 Partijassistentie en investeringen in de toegang tot vreemd recht (IV)

654 Verduidelijking 'plicht' tot medewerking partijen

De positie van het Nederlandse recht is tot op heden ambigu te noemen. Enerzijds verwacht de wetgever via art. 10:2 BW dat de rechter ambtshalve het vreemde recht onderzoekt; anderzijds wordt er qua middelen echter bezuinigd op de manieren

88 Wanneer zij niet vrijelijk over hun rechten kunnen beschikken, kan het nog een rol spelen dat de betrokken conflictregel een rechtskeuze voor de lex fori toestaat. In dat geval kan alsnog worden afgezien van het ambtshalve optreden van de rechter. Ook is het mogelijk dat de rechter altijd ambtshalve een dergelijk incident kan of moet opwerpen, maar dat de partijen tijdens dat incident een keuze voor de lex fori, zoals bedoeld in paragraaf 8.1.1.2., kunnen uitbrengen. In zekere zin wordt het stelsel van de ambtshalve toepassing van conflictregels en van buitenlands recht vervangen door een stelsel waarin de rechter ambtshalve een dergelijk 'incident' kan opwerpen.

89 Wet van 13 juli 2016 tot Wijziging van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht, *Stb.* 2016, 288.

90 *Kamerstukken II*, 2014-15, 34 059, nr. 3, p. 5.

waarop de rechter aan informatie over vreemd recht kan komen.[91] De praktijk laat verder zien dat, hoewel ambtshalve toepassing van buitenlands recht wel de regel is, veel inlichtingen door de partijen worden verstrekt.[92] Omdat daarvoor geen rechtsbijstand mogelijk is, verzwakt dit de positie van minder (kapitaal)krachtige partijen.

Wanneer wordt aangenomen dat, in weerwil van de plicht van de rechter om ambtshalve het vreemde recht te onderzoeken en toe te passen, partijen gevraagd kunnen worden om inlichtingen over de inhoud van dat recht te overleggen, wordt de rechtszekerheid en voorspelbaarheid gediend indien daarvoor duidelijke richtlijnen bestaan. Het kan voor partijen een processueel nadeel opleveren wanneer aan een dergelijk bevel niet wordt gedaan, aangezien de rechter zich dan zelf een oordeel over dat recht kan vormen. Verder behoeft de rechter in dat geval zijn vonnis daaromtrent minder uitvoerig te motiveren. Het kan helpen wanneer daarbij een duidelijk kader wordt geschapen.

655 Factoren

Om te bepalen wanneer van partijen een dergelijke medewerking mag worden verlangd, is het zinnig om aan te sluiten bij de 'factoren' die al in paragraaf 8.1.1.3. zijn besproken. Zoals gesteld, wordt het probleem van vreemd recht eigenlijk veroorzaakt door een breuk tussen forum en ius, ofwel, een verschil tussen enerzijds de staat waarvan recht van toepassing is en anderzijds de staat waarvan de gerechten bevoegd en aangezocht zijn. De in aanmerking te nemen 'factoren' of 'gezichtspunten' betreffen, kort samengevat, de volgende vragen:

a. Hoe groot zijn de verschillen tussen het eigen en vreemde recht? Hoe groot is de lacune in de aanwezige informatie?
b. Welke partij kan het verschil tussen het eigen en het vreemde recht zo efficiënt en effectief mogelijk verkleinen?
c. Welke partij heeft bijgedragen aan het ontstaan van de situatie? Had deze partij daarbij enigerlei beoordelingsvrijheid gehad en daarbij een voordeel genoten?
d. Zijn er overwegingen van openbare orde of anderszins dwingende aard die een rol kunnen spelen?

Met deze overwegingen in gedachten kan men bijvoorbeeld in een situatie waarin twee commerciële partijen, die beiden een rechtskeuze (c) hebben uitgebracht voor het recht van een niet-Europese vreemde staat (a) waar zij jarenlang economische activiteiten ontplooien (b), in een geschil dat verder ter vrije bepaling van hen staan (d), worden verzocht om informatie over buitenlands recht te overleggen. In die situatie kan, over het geheel genomen, de partijen op een efficiëntere en effectievere manier aan informatie over het recht komen dan de rechter, zonder evenwel de belangen van partijen of van derden onnodig te schaden. Dit is een afweging op basis van hoedanigheid, kennispositie en de gedragingen van de partijen, en van de aard van de betrokken rechtsregels. Hoe deze factoren zich tot elkaar verhouden, is verder

91 Zoals de veranderde financiering van het IJI, zie Blauwhoff & Keltjens, *TREMA* 2014, p. 23-24.
92 Zie recent Hof 's-Hertogenbosch 5 juli 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2826, *NIPR* 2018/282, r.o. 3.12 (legal opinion overgelegd door de werkgever).

casuïstisch van aard en zal in de rechtspraak ontwikkeld moeten worden. Zij voldoen in ieder geval aan de moderne opvatting van het burgerlijk procesrecht, volgens welke rechter én partijen gezamenlijk de verantwoordelijkheid hebben voor een 'voortvarend, efficiënt, en effectief verloop van het proces'.[93]

Het verduidelijken van de voorwaarden waaronder een informatielast op partijen kan worden gelegd, heeft als bijkomend voordeel dat overheidsinvesteringen gerichter kunnen plaatsvinden. Zo blijven de benodigde financiële middelen beschikbaar voor gevallen waarin het onbillijk kan worden geacht om van de partijen medewerking te verlangen. Daarbij kan worden gedacht aan een verbeterd systeem voor de financiering van instituten die met het onderzoek naar vreemd recht zijn belast of het versterken van het systeem van rechtsbijstand. Op deze manier worden de overheidsmiddelen besteed aan die groepen van procespartijen, die daaraan vanwege een slechtere vermogenspositie of een minder goede bekendheid met internationaal procederen het meeste behoefte hebben.

656 Kosten

Bij de beslissing aan welke partij een informatielast kan worden opgelegd, moeten ook de kosten in aanmerking worden genomen.[94] Zo is het onwenselijk om de informatielast op te leggen bij personen die procederen op basis van een toevoeging volgens de Wet op de rechtsbijstand. In dat geval behoort de rechter, wanneer hij niet op eigen kracht aan voldoende informatie kan geraken, een deskundige in de zin van art. 194 Rv te benoemen. De procespartij met een toegevoegde procesvertegenwoordiger hoeft immers geen voorschot te betalen en de kosten van loon en schadeloosstelling komen dan ten laste van 's Rijks kas. Indien een dergelijke partij als eiser optreedt en zij zich heeft moeten voorbereiden op de zaak door een juridisch advies over vreemd recht in te winnen, moeten deze kosten ook gedekt kunnen worden. Dat kan door deze ofwel onder de rechtsbijstand te laten vallen, of ze desnoods – als een bijzondere categorie – te beschouwen als buitengerechtelijke kosten in de zin van art. 6:96 lid 2 sub b BW.

Aan de andere kant geldt dat een procespartij met voldoende toegang tot de inhoud van vreemd recht, maar desondanks onwillig is deze informatie met de rechter te delen, daarvan de financiële gevolgen heeft dragen als de rechter vervolgens genoodzaakt is om langs een andere weg, zoals een advies of deskundigenbericht, dit kennisgebrek te verhelpen. In dat geval kunnen de kosten immers worden beschouwd als onnodig veroorzaakt in de zin van art. 237 lid 1 Rv.

93 Asser, Groen & Vranken, *Een nieuwe balans* 2003, p. 78. Aldus ook Mostermans, in: *Voorkeur voor de lex fori* 2004, p. 51-52.

94 Dit kan worden onder sub b) van het voornoemde schema van factoren worden geschaard.

9.3.5 Verduidelijking van de maatstaf van en de alternatieven voor onkenbaarheid (V)

657 Maaststaf

Tot op heden is de Nederlandse positie inzake het probleem van niet-vaststelbaarheid onduidelijk. In tegenstelling tot het Duitse en het Engelse rechtsstelsel, dat elk relatief duidelijke criteria kennen ('unter Ausschöpfung aller ihm zugänglichen Erkenntnisquellen' respectievelijk 'proof to the satisfaction of the court'), heeft de wetgever noch de rechtspraak in enigerlei formulering voorgeschreven op welke wijze lagere rechters met deze materie moeten omgaan. Het is aan te bevelen dat een dergelijke standaard wordt ontwikkeld, om zowel rechter als partijen duidelijkheid te bieden en aan partijen, vooral gezien het ontbreken van cassatietoetsing op grond van een rechtsklacht,[95] althans een kans in cassatie te bieden. Een negatieve definitie biedt waarschijnlijk de meeste duidelijkheid aangezien het als een ondergrens kan worden beschouwd. Tot slot moeten ook het tijdsverloop en de kosten in aanmerking worden genomen. Voor het tijdsverloop kan dit worden gerechtvaardigd met een beroep op *Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland*.[96] Daarom is het aanbevolen om de maatstaf voor de onbekendheid met de inhoud van buitenlands recht als volgt te laten luiden:

> De inhoud van buitenlands recht kan niet worden vastgesteld, wanneer de rechter, gezien de voorliggende rechtsstrijd, het verzoek, de vordering of het verweer hoogstwaarschijnlijk niet zonder rechtsschending kan toewijzen, of wanneer een dergelijk toewijzing slechts kan plaatsvinden met een onevenredige vertraging of met onevenredig hoge kosten.

658 Lex fori als primair surrogaatrecht

Een tweede probleem betreft de vraag, welke oplossing moet gelden in het geval dat de inhoud van het buitenlandse recht inderdaad onbekend blijkt te zijn. Het officiële standpunt van de wetgever is dat de rechter dat van geval tot geval moet bekijken, en daartoe wordt een aantal alternatieven opgesomd. In de doctrine is er een (lichte) voorkeur voor de toepassing van Nederlands recht waar te nemen. In wezen betreft hier een dilemma; enerzijds kan het vreemde recht, dat wel van toepassing is, niet worden gevonden; anderzijds kan de toepassing van de lex fori, hoewel gerechtvaardigd, tot gevolg hebben dat een partij een haar toekomend recht verliest. Om die reden zal een onverkorte toepassing van de lex fori niet aan te bevelen zijn. Wel is het mogelijk om de lex fori geclausuleerd toe te passen, zoals dat in Duitsland gebeurt ('äußerst unbefriedigend') en in zekere zin, ook in Engeland en Wales. Verschillende mogelijkheden bestaan in dit verband. Aangezien Nederlands recht

95 En slechts in beperkte mate op grond van een motiveringsklacht, namelijk voor zover de Hoge Raad daarbij niet zelf hoeft te treden in een onderzoek naar de juistheid van het oordeel van de lagere rechter omtrent de inhoud en de uitleg van het vreemde recht, zie recentelijk HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1431, r.o. 5.3.2.

96 EHRM 6 april 2004, no. 75116/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD007511601 (*Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland*).

van toepassing is, kan men, op vergelijkbare wijze als in het *Zimbabwe*-arrest,[97] de redelijkheid en billijkheid als corrigerende factor hanteren.[98] Men kan ook een eigen, voor internationale gevallen bestemde, correctie kunnen toepassen, zoals de regeling dat met toepassing van het eigen recht hoogstwaarschijnlijk een recht verloren zal gaan. Eventueel kan men aansluiting zoeken bij het EVRM. Met name art. 1 van het Eerste Protocol (*right to property*) en art. 8 van het EVRM (*right to family life*), kunnen, als materiële grondrechten, meebrengen dat de lex fori niet onverkort wordt toegepast. Wanneer daarmee een recht wordt geschonden dat door een van deze fundamentele rechten wordt gewaarborgd, kan de toepassing van de lex fori wellicht aanleiding geven tot de conclusie dat sprake is van een mensenrechtenschending.

659 Overige opties niet overtuigend

Er zijn geen overtuigende argumenten aanwezig voor de toepassing van een ander buitenlands recht op grond van subsidiaire aanknoping of (vanuit rechtsvergelijkend oogpunt) verwantschap. Het conflictenrecht heeft immers een bepaald recht als toepasselijk aangewezen, en daarmee is het conflictenrechtelijk procedé in principe afgerond (de rechtsverhouding is 'thuisgebracht'[99]). Als het toepasselijk recht niet gevonden kan worden, bepaalt het procesrecht het gevolg. Dit lijdt slechts uitzondering in het geval waarin de conflictregel is gebaseerd op de idee dat een zogeheten 'conflictenrechtelijke herkansing'2[100] mogelijk moet zijn wanneer een zeker materieel resultaat niet kan worden verkregen. De situatie van niet-vaststelbaarheid is zodanig daaraan gelijk, dat een subsidiaire aanknoping in principe nog gerechtvaardigd is. Dat neemt niet weg dat daaraan ook grote nadelen zijn verbonden; er zal immers een nieuw onderzoek naar dat rechtsstelsel moeten plaatsvinden, nadat een vaak al uitvoering onderzoek naar het onkenbare recht is gedaan. Het belang van een voortvarende procesgang kan hier prevaleren. Een vergelijkbare redenering geldt voor een verwant rechtsstelsel: wanneer duidelijk is dat er een duidelijke, haast identieke, verwantschap is tussen het eigenlijk toepasselijke en het 'verwante' surrogaatrecht, zal een dergelijke toepassing wegens redenen van zowel proceseconomie als materiële juistheid (de kans dat een partij een 'recht verliest' zal in dat geval waarschijnlijk kleiner zijn dan bij toepassing van de lex fori) nog te rechtvaardigen zijn, mits de verwantschap tussen beide rechtsstelsels vaststaat. Overigens zal het niet onjuist zijn om partijen te vragen zich daarover uit te laten.

---

97 HR 19 maart 1993, *NJ* 1994/187; *NIPR* 1993/230; ECLI:NL:HR:1993:ZC0897.

98 Waarbij men direct moet erkennen dat deze oplossing in het *Zimbabwe*-arrest omstreden was. Dit neemt niet weg dat de situatie daar een andere was; in *Zimbabwe* ging het om de materieelrechtelijke correctie van een conflictenrechtelijk ongewenst resultaat, terwijl het hier gaat om een procesrechtelijk antwoord op een door het conflictenrecht veroorzaakt handelingsprobleem.

99 Ontleend aan Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/120.

100 Ontleend aan Strikwerda/Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht* 2019/197, onder a.

9.3.6 Verduidelijking van de positie van vreemd recht in hogere instanties (VI)

660 Algemeen; appel

Tot op heden heeft buitenlands recht een andere positie in appel dan in eerste aanleg, althans volgens de heersende leer. Voorts kent buitenlands recht een andere behandeling in cassatie dan in feitelijke instanties ex art. 79 lid 1 RO.

Voor wat betreft het appel lijkt er weinig redenen aanwezig om af te wijken van het bestaande systeem. Wanneer geen grieven tegen de rechtstoepassing worden aangevoerd, kan via de positieve zijde van de devolutieve werking van het appel alsnog de vraag naar het toepasselijke recht aan de orde komen. In het geval de openbare orde in het geding is, is de appelrechter verplicht om de vraag van het toepasselijke recht nog eens na te gaan. Het door Peters aangehaalde arrest *Universal/Balunan*,[101] volgens welke ook in het geval dat wel de rechtsaanwijzing maar niet de toegepaste conflictregel wordt aangevochten, de rechter in appel zich daaraan gebonden acht,[102] kan een mogelijk vreemde eend in de bijt zijn en kan te maken hebben met het gegeven dat het om een overgangssituatie ging (van commuun ipr naar het EVO). Dat gegeven maakt dat de mogelijkheid van een anticiperende interpretatie niet kan worden uitgesloten. Het is echter, zoals eerder al benadrukt, raadzaam dat de vraag naar het toepasselijke recht in een bijzonder incident wordt behandeld, welk incident ook in appel nog geopend moeten kunnen worden. Dat leidt er immers toe dat de vraag naar het toepasselijke recht wordt geconcentreerd. In ieder geval moet van deze mogelijkheid, ook in hoger beroep, het liefst in het beginstadium van de procedure gebruik worden gemaakt.

Of de appelrechter ervoor open zou moeten staan om in een laat stadium nog een beroep op de toepasselijkheid van een vreemd recht toe te staan, ongeacht of dit volgens het 'oude' systeem gebeurt of via een nieuw te ontwikkelen 'incident', is kwestieus. De toepasselijkheid van vreemd recht is immers sterk met overwegingen van feitelijke aard verweven (internationale elementen). Daarnaast moet de inhoud van dat recht ook nog worden vastgesteld. Voorst moeten, ingeval wordt geconstateerd dat een ander recht dan de lex fori van toepassing is, partijen in de gelegenheid worden gesteld om hun stellingen dienovereenkomstig aan te passen. Indien de appelrechter daartoe zou overgaan, behoort hij in beginsel rekening houden met de betrokken belangen door de een afweging te maken met het belang van een voorspoedige rechtsgang. Daarbij kan rekening worden gehouden met de achterliggende ratio van de conflictregel (bijvoorbeeld een beschermende conflictregel), de bekendheid met het recht (bekend of minder bekend) en de proceshouding van partijen (wanneer de mogelijke toepasselijkheid van de lex causae al eerder bekend was). De rechter zal een inschatting moeten maken of de toepassing van het vreemde recht leidt tot een wezenlijk andere rechtspositie, en of de vertraging hierdoor wordt gerechtvaardigd. In dat geval kan een mogelijk tardief beroep op vreemd recht nog worden gehonoreerd.

---

101 HR 31 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE0632, *NJ* 2003/344, m.nt. ThMdB (*Universal/Balunan*).

102 Zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 176-178.

661 Cassatie

De positie van vreemd recht in cassatie is momenteel kwestieus. Enerzijds is cassatie wegens schending van vreemd recht niet toegestaan, maar anderzijds is ambtshalve toepassing door de Hoge Raad wel toegestaan bij de afwijzing van het cassatieberoep of, na gegrondbevinding van het cassatieberoep, bij afdoening van de zaak door de Hoge Raad zelf.[103] Op zichzelf genomen zijn er goede argumenten om geen toetsing van vreemd recht in cassatie toe te staan, aangezien het de functie van cassatie is om de uitleg en eenheid van het eigen recht te bewaren. Slechts voor zover het de rechtsbeschermingsfunctie van de cassatie betreft, kan de toetsing van buitenlands recht een rol spelen.[104] In zoverre is er dus een verschil tussen enerzijds zaken waarin het eigen recht van toepassing is en anderszijds zaken waarin vreemd recht het geval beheersts. Feitelijk 'devalueert' een internationaal geschil tot zuivere rechtsverschaffing en/of -bescherming; de meer publieke belangen die aan burgerlijk procesrecht worden toegekend, zoals rechtsontwikkeling en rechtsvorming, lijken daarbij enigszins naar de achtergrond te zijn gedrongen. Het argument dat een onjuiste toepassing van vreemd recht het prestige van het hoogste rechtscollege aantast, lijkt niet doorslaggevend. Dit argument geldt immers voor elke rechter.[105]

In de literatuur heeft Peters voorgesteld om een 'conformiteitstoetsing' van vreemd recht in cassatie toe te staan, inhoudende dat de Hoge Raad controleert of de uitspraak van de lagere rechter overeenstemt met de uitleg en toepassing van de wet in het land van oorsprong.[106] Een dergelijke benadering doet in beginsel recht aan de rechtsbeschermingsfunctie, terwijl het de overige functies van cassatierechtspraak nochtans in tact laat. Een nadeel is echter dat de Hoge Raad in dat geval zich toch moet verdiepen in buitenlands recht, hetgeen hij juist niet wenst te doen, ook niet ingeval van motiveringsklachten.[107] Ook al is de Raad uitgerust met een wetenschappelijk bureau, die een dergelijk exercitie moet kunnen uitvoeren, blijft de kans groot dat de werklast aanzienlijk wordt verhoogd. Een andere mogelijkheid is om aan art. 79 lid 1 RO een extra lid toe te voegen, op grond waarvan de Hoge Raad het oordeel van de lagere rechter mag vernietigen, wanneer *aannemelijk* is dat door de incorrecte toepassing van buitenlands recht de beslissing anders is uitgevallen dan wanneer dat recht correct zou zijn toegepast. Het belangrijke criterium is de

103 Zie *Kamerstukken II*, 2009-10, 32 137, nr. 3 (MvT), p. 8.

104 Sommigen menen dat de rechtsbeschermingsfunctie (of 'controlefunctie') de meest wezenlijke functie van de cassatierechtspraak is, zie Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 7 2015/105. Anders: Vermeulen, in: *Wie is de Mol?* 2014, p. 247, die meent dat rechtseenheid niet tot het nationale recht beperkt hoeft te zijn. Dit standpunt kan, gezien het gezagsprobleem dat aan buitenlands recht kleeft, niet onderschreven worden. De forumstaat heeft eenvoudigweg geen bevoegdheid de vermeende 'eenheid' van vreemd recht te handhaven, aangezien zij buiten de constitutionele orde daarvan staat. Het heeft eerder te maken met respect voor die constitutionele orde van een vreemde staat dan met nationalisme.

105 Bovendien wijst Peters ook nog op de spiegelbeeldige situatie: het aanzien van de hoogste rechter kan ook worden aangetast, wanneer een lagere rechter het buitenlands recht evident onjuist heeft toegepast, maar de casstierechter desondanks niet kan 'ingrijpen', zie Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 208.

106 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 209.

107 Zie recentelijk het *Diageo Brands*-arrest, r.o. 3.2.

vraag of de rechtspositie van een partij door die onjuiste rechtstoepassing is benadeeld. In vergelijking met de huidige situatie biedt een dergelijk mechanisme voor de betrokken partij een verruiming van de mogelijkheden in cassatie. Er wordt meer recht gedaan aan de rechtsbeschermingsfunctie, terwijl de overige functies van de cassatierechtspraak – uniformiteit en uitleg van het recht – worden gehandhaafd. Wel mag van de eiser tot cassatie een verzwaarde stel- en aandraagplicht worden verwacht, wat inhoudt dat hij duidelijk aangeeft welke regel van vreemd recht in het voorliggende geval geschonden zou zijn, met overlegging van voldoende documentatie zoals rechtsgeleerde adviezen, teksten van wet- en regelgeving en jurisprudentie.

9.3.7 Verduidelijking van de positie van vreemd recht in bijzondere procedures (VII)

662 Kort geding

De wetgever heeft de positie van vreemd recht in kort geding niet met zoveel woorden geregeld. Zij lijkt van mening te zijn dat de verplichting om conflicten -en vreemd recht uit eigen beweging toe te passen ook in kort geding zou moeten gelden, dit vanwege het "nauwe verband" tussen kort geding en bodemprocedure. Wel biedt zij enige ruimte aan rechters om van deze verplichting af te stappen, wanneer deze te zwaar zou drukken op de mogelijkheid om binnen een redelijke termijn aan partijen duidelijkheid over hun rechtspositie te verschaffen.[108] De wetgever maakt daarbij een onderscheid tussen zuivere ordemaatregelen, waarbij de lex fori onverkort kan worden toegepast, en uitspraken in kort geding die de merites van de zaak betreffen, en waarop dan zoveel mogelijk het normaliter toepasselijke recht moet worden toegepast.[109] De literatuur lijkt vooralsnog een voorstander te zijn van ambtshalve toepassing van vreemd recht, ook in kort geding,[110] en zoekt de verlichting van de taak van de rechter vooral in andere modaliteiten, zoals een 'instructielast' van partijen over vreemd recht of de mogelijkheid voor rechters om sneller te concluderen dat de inhoud van dat recht onbekend is, en desnoods de vordering af te wijzen wegens ongeschiktheid voor behandeling in kort geding.[111]

Het is niettemin verdedigbaar om het beginsel van accessoriteit, op grond waarvan de uitspraak in kort geding zo veel mogelijk in overeenstemming moet worden gebracht met de uitspraak in een bodemprocedure, in een internationaal

108 *Kamerstukken II* 2009-10, 33137, nr. 3 (MvT), p. 10.

109 *Kamerstukken II* 2009-10, 33137, nr. 3 (MvT), p. 10.

110 Zo ook Asser/Vonken *10-I* 2018/402.

111 Zie, o.a., Kramer, *Kort geding* 2001, p. 308-315, 321-322, en 328-329; Mostermans, *De processuele behandeling* 1996, p. 51-57; H.U. Jessurun d'Oliveira, 'Foreign law in summary proceedings', in: M. Sumampouw e.a. (red.), *Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law*, Dordrecht/Boston/Londen: Martinus Nijhoff 1992, p. 119-226, i.h.b. p. 134-135. Anders: Th.M. de Boer, 'Internationale aspecten', in: R.C. Gisolf, *Kort geding en rechter*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 79-97; Th.M. Bervoets, 'Buitenlands recht in kort geding', in: Th.M. Bervoets e.a. (red.), *Hoe vreemd is buitenlands recht? Opstellen over de positie van buitenlands recht in het burgerlijk proces. Symposion gehouden op 11 mei 1979*, Deventer: Kluwer 1979, p. 121-143, i.h.b. p. 143.

geval uitzondering te laten lijden. Weliswaar wordt er in dat geval een verschil met zuiver interne zaken aangebracht, waarin dat beginsel immers wel onverkort van toepassing is, maar de rechtvaardiging voor dat verschil kan worden gevonden in de omstandigheid dat het onderzoek naar vreemd recht veel tijd kan kosten, terwijl het juist de bedoeling van het kort geding is om in een spoedeisende zaak een voorziening te kunnen geven. Bovendien kan ook door andere modaliteiten het risico van een discrepantie tussen de uitkomst in kort geding en die in de bodemzaak worden verminderd. In het geval van een zogenaamd 'incasso-kort geding' waarin weliswaar naar Nederlands recht maar misschien niet naar buitenlands recht de vordering kan worden toegewezen, behoort een vorm van zekerheidsstelling tot de mogelijkheden om het risico te beperken.[112]

Het argument dat de internationale beslissingsharmonie tot de conclusie leidt dat ambtshalve toepassing van zowel conflicten- als vreemd recht ook in kort geding de norm behoort te zijn, vooral wanneer het niet slechts om een ordemaatregel gaat,[113] overtuigt niet helemaal. Nog afgezien van de vraag of de internationale beslissingsharmonie dat wel verlangt, kan de eisende partij immers altijd nog een bodemprocedure starten waarin het ipr en het vreemde recht wel ambtshalve wordt toegepast. Zijn rechten gaan als zodanig niet verloren door toepassing van de lex fori wanneer het een beslissing inzake een materieel geschil betreft; in geval van een zuivere ordemaatregel voorlopige voorziening is het overigens verder al gerechtvaardigd dat daarop de lex fori van toepassing is, wanneer de gevraagde voorziening territoriaal is beperkt tot Nederland. In geval van een grensoverschrijdende voorlopige voorziening (als zuivere ordemaatregel), is het gerechtvaardigd om van de eiser te verlangen informatie over het toepasselijk recht te overleggen. De daarbij behorende kosten zullen waarschijnlijk opwegen tegen het voordeel, dat eiser niet in verschillende landen een actie behoeft in te stellen.[114]

Er zijn echter, ook in het huidige stelsel, verschillende figuren mogelijk. Zo kan worden uitgegaan van een plicht tot ambtshalve toepassing, maar het de rechter vergund worden sneller te concluderen tot niet-vaststelbaarheid van de inhoud van buitenlands recht binnen het tijdspad waarbinnen de zaak moeten worden afgedaan.[115] Ook is het mogelijk partijen in de gelegenheid te stellen om te kiezen voor de lex fori dan wel ervoor te kiezen om de weg van het ipr niet te volgen ('Abwahl'). De opvatting dat in een dergelijk geval, waarin vreemd recht van toepassing is, het geschil zich niet leent voor behandeling in kort geding, lijkt echter geen recht te doen aan de noodzaak van partijen om ook in internationale geschillen een voorlopige voorziening te verkrijgen. Wanneer partijen immers wel een voorlopige maatregel kunnen verkrijgen onder toepassing van de lex fori, staat het vereiste van toegang tot de rechter en het verbod van rechtsweigering daaraan in de weg.

---

112 Naar analogie van HvJ EG 17 november 1998, zaak C-391/95, *Jur.* 1998, p. I-7091, *NILR* 1999, p. 102-109, m.nt. Vlas, *Ondernemingsrecht* 1999,73, m.nt. Pellis, *JDI* 1999, p. 613-625, m.nt. Huet, *NTER* 1999, p. 63-67, nt. Van Haersholte-van Hof, *AA* 2000, p. 575-586, m.nt. Struycken, *SEW* 2000, p. 216-219, m.nt. Keus, *NTBR* 1999, p. 74-79, m.nt. Kramer, (*Van Uden/Decoline*), rov. 47

113 Zoals verdedigd door Kramer, *Kort geding* 2001, p. 308-315.

114 Naar analogie van Hof 's-Gravenhage 28 september 2010, *NIPR* 2011/54 (*Mol/Technip*).

115 Zie, o.a., Kramer, *Kort geding* 2001, p. 323, 327, en 328-329.

Eventueel kan de voorzieningenrechter creativiteit betrachten door de negatieve gevolgen te mitigeren met bijvoorbeeld een borgstelling.

663 Verstek

In verstekzaken zal het afhangen van de omstandigheden of de rechter ambtshalve onderzoek naar vreemd recht moet doen. Hoewel de plicht om vreemd recht toe te passen onverkort geldt, kan toch worden verdedigd dat de rechter, op dezelfde voet als bij de feiten het geval is, aanneemt dat de niet-verschenen gedaagde kennelijk instemt met de vordering en het daarop van toepassing geachte recht. Dat betekent niet dat vreemd recht een 'feit' betreft, maar wel dat de toepasselijkheid van dat recht afhangt van het feitencomplex. Indien dat laatste niet duidt op internationale elementen, hoeft van de rechter geen verdergaand onderzoek verwacht te worden en mag hij aannemen dat de zaak geen grensoverschrijdende elementen kent. Het vereiste dat de rechter de vordering niet toewijst wanneer deze 'hem onrechtmatig of ongegrond voorkomt' (art. 139 Rv) zal in gevallen waarin vreemd recht van toepassing is, een andere invulling. Ook mag hij de verplichting om vreemd recht te onderzoeken afwegen tegen de kosten en tijd van een dergelijke exercitie. De ietwat strenge consequentie hiervan is dat de gedaagde in een internationaal geschil mogelijk minder 'beschermd' wordt dan in een intern geval, in welk laatst geval de rechter wellicht makkelijker de rechtmatig- of gegrondheid van de vordering kan beoordelen. Dit is het gevolg van de omstandigheid dat het procesrecht voornamelijk is ontworpen voor interne procedures, zodat de toepasselijkheid van een ander recht soms fricties in het systeem kan opleveren. Tenzij de toegang tot dat recht wordt verbeterd, zal deze situatie blijven voortbestaan.

9.3.8 Verduidelijking van het verschil met buitenlands recht in extrajudiciële gevallen (VIII)

664 Buitengerechtelijke autoriteiten: geen 'plicht' tot ambtshalve toepassing

In het huidige recht wordt aangenomen, dat de plicht om het ipr en het daardoor aangewezen recht ambtshalve toe te passen, ook geldt voor buitengerechtelijke autoriteiten als de ambtenaar van de burgerlijke stand en de notaris. De veronderstelling is dat de ambtshalve toepassing zich uitstrekt tot alle 'ambten', ongeacht of deze wel of niet tot de rechterlijke macht behoren. Het is de vraag of deze stelling houdbaar is. In plaats van de analogie te zoeken in de aard van de functie, kan men ook verschillen zien in de aard van de werkzaamheden en de context van de rechtstoepassing.

De aard van de werkzaamheden verschilt in beide gevallen. Vaak betreft de toepassing van (buitenlands) recht door niet-gerechtelijke autoriteiten een handelingsprobleem. De notaris moet een geldige akte opstellen en de ambtenaar van de burgerlijke stand moet een buitenlandse naam registreren in het bevolkingsregister. Vreemd recht is daarbij nodig om hen in staat te stellen die taak te verrichten; zij hoeven zich geen oordeel over vreemd recht te vormen of daarover een gemotiveerd

rechtsoordeel te geven.[116] Een ander verschil is dat de abs tegen wiens beslissing beroep bij de rechter wordt ingesteld, vervolgens zelf partij wordt in die procedure. Dit is ook een verschil met een hoger beroep tegen het oordeel van een lagere rechter inzake de toepassing van vreemd recht. Ook hieruit blijkt weer dat het toepassen van vreemd recht in een extrajudiciële context voornamelijk een handelingsprobleem betreft. Dit betekent dat aan het oordeel van de rechter zwaardere eisen worden gesteld. Het verschil in context laat zich goed zien in de processuele inkadering van de rechtstoepassing door de rechter. De rechter heeft zich immers ook te houden aan de vereisten van procesrechtelijke beginselen, deels door art. 6 EVRM beschermd, zoals hoor en wederhoor en berechting binnen een redelijke termijn. Het werk van de notaris wordt daardoor niet begrensd.

665 Verduidelijking wetgeving

Wat betekent dit voor buitengerechtelijke autoriteiten, meer in het bijzonder de abs en de notaris? Voor de abs hoeft de situatie niet te veranderen. Zelfs als deze niet uit eigen beweging zou nagaan wat het toepasselijke recht betekent voor de vervulling van zijn taken, kan de zaak alsnog bij de rechter terechtkomen wanneer de belanghebbende partij daartegen beroep heeft aangetekend. Indien de rechter een beslissing moet nemen, dient deze altijd art. 10:2 BW in acht te nemen. De abs kan op die toepassing anticiperen door zelf onderzoek te doen, maar dat hoeft niet noodzakelijkerwijze in een wettelijke plicht worden gevat.

Voor de notaris kan een verduidelijking wenselijk worden geacht. Indien de notaris met een internationaal element wordt geconfronteerd, kan deze de partijen daarvan op de hoogte stellen en hen daarover adviseren. Ingeval er twijfel bestaat of deze feiten aanwezig zijn, kan hij van hen desnoods verlangen bepaalde documenten te overleggen. Mochten deze partijen vervolgens wensen dat de notaris de verlangde werkzaamheden alsnog verricht, moet de notaris de mogelijkheid hebben om deze dienst te weigeren.[117] Mocht hij, gezien het belang van zijn cliënt, alsnog besluiten om de handeling te verrichten in overeenstemming met het vreemde recht, is het niet wenselijk dat hij daarvoor aansprakelijk wordt gehouden wanneer hij dat op een incorrecte manier gedaan lijkt te hebben. Dit zou slechts uitzondering moeten lijden wanneer de notaris opzettelijk of bewust roekeloos heeft gehandeld bij het achterhalen van de betekenis van het vreemde recht. Indien hij gebruik heeft gemaakt van het advies van een buitenlandse confrère, zou dat overigens niet snel aangenomen moeten worden.

9.3.9 Concrete aanbevelingen voor wetswijzigingen

666 Aanpassing wettelijke voorschriften

Om de voorstellen die in het voorgaande zijn besproken tot hun recht te laten komen, en het debat over deze zaken meer richting te geven, is het raadzaam om

116 Afgezien van de abs, die een weigering tot inschrijving van een akte schriftelijk moet motiveren.
117 Zie art. 21 Notariswet.

deze voorstellen een bepaalde vorm te geven. Om te beginnen kan art. 10:2 BW op de volgende manier worden uitgebreid:

Art. 2

1. De regels van internationaal privaatrecht en het door die regels aangewezen recht worden ambtshalve toegepast.
2. De rechter stelt de inhoud van het aangewezen recht uit eigen beweging vast. Hij kan de assistentie van de partijen of van een hunner verlangen, afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de hoedanigheid en de proceshouding van de partijen. Deze assistentie kan in ieder geval worden verlangd wanneer:
   °1. de partijen een rechtskeuze voor het recht van een andere staat hebben uitgebracht;
   °2. geen van de partijen procedeert op basis van een toevoeging in de zin van de Wet op de rechtsbijstand;
   °3. geen van de partijen een werknemer, een onderhoudsgerechtigde, of de wederpartij van degene die handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf is; en
   °4. sprake is van een geval waarin partijen vrijelijk over hun rechten mogen beschikken.
3. De inhoud van het aangewezen recht niet kan worden vastgesteld, wanneer de rechter, gezien het verhandelde ter zitting, onvoldoende kennis heeft van dat recht om tot een juiste beslissing te komen, of wanneer een dergelijk toewijzing slechts kan plaatsvinden met een onevenredige vertraging of met onevenredig hoge kosten. In dat geval beslist de rechter het geval met inachtneming van het Nederlandse recht, tenzij dat, gezien de omstandigheden van het geval of de hoedanigheid en de proceshouding van de partijen, tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden.
4. In het geval waarin de partijen vrijelijk over hun rechten mogen beschikken, mogen zij aan de rechter een gezamenlijk verzoek richten om een beslissing te nemen met inachtneming van het Nederlandse recht.

Art. 2bis

1. De rechter vergewist zich ervan of de partijen kennis hebben van de aanwezigheid van voor de toepassing van de regels van internationaal privaatrecht benodigde feiten.
2. Wanneer de in het eerste lid bedoelde feiten worden betwist, kan de rechter van de partijen verlangen dat zij alle benodigde feiten, omstandigheden en documenten overleggen waaruit met een hoge mate aan waarschijnlijkheid het bestaan van dergelijke feiten kan worden afgeleid. De tweede en derde zin van het tweede lid van artikel 20 van het Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering zijn van overeenkomstige toepassing.
3. In afwijking van het tweede lid wordt het bestaan en de geldigheid van een rechtskeuze vastgesteld in overeenstemming met de gewone regels voor het bewijs.

Ook de Wet op de rechterlijke organisatie zal aanpassing behoeven. Art. 79 RO zou, gezien de eerder gedane aanbevelingen, als volgt kunnen komen te luiden:

Art. 79

1. De Hoge Raad vernietigt handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen:
   a. wegens verzuim van vormen voor zover de niet-inachtneming daarvan uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of zodanidge nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm;
   b. wegens schending van het recht.

De schending van het recht van vreemde staten kan slechts als vernietingsgrond dienen, voorzover aannemelijk wordt gemaakt dat dat recht op onjuiste wijze is toegepast, en de beslissing van de rechter anders zou hebben geluid wanneer dat recht op een juiste wijze zou zijn toegepast.

In plaats van de constructie, volgens welke de notaris onder de werking van art. 10:2 BW zou vallen en dus verplicht zou zijn het toepasselijke recht uit eigen beweging vast te stellen, is het raadzamer om voor de notaris een bijzondere bepaling in de Notariswet op te nemen:

Art. 21a

1. Indien de notaris bij de uitoefening van zijn ambt wordt verzocht zijn medewerking te verlenen aan handelingen waarvan hij het gerechtvaardigde vermoeden heeft dat die op grond van het internationaal privaatrecht door het recht van een vreemde staat worden beheerst, stelt de notaris de betrokken partij daarvan in kennis.
2. Desgevraagd verschaft de betrokken partij de notaris de vereiste inlichtingen of documenten, waaruit deze de toepasselijkheid van de in het eerste lid genoemde recht kan afleiden.
3. In het geval dat de betrokken partij de notaris verzoekt om de verlangde werkzaamheden te verrichten met inachtneming van het recht van een vreemde staat, is de notaris bevoegd zijn dienst te weigeren in de zin van artikel 21 van deze wet. Naast de doorverwijzing naar een andere notaris in de zin van die bepaling, geeft de notaris aan de betrokken partij ook een aanwijzing van vergelijkbare functionarissen in de staat waarvan het recht toepasselijk is.
4. De notaris is niet aansprakelijk voor de onjuiste toepassing van het recht van vreemde staten, tenzij sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid.

Met deze voorstellen zullen de in de voorgaande paragrafen gemaakte afwegingen zo veel mogelijk worden benaderd.

9.4 Conclusie

667 Conclusie

Geconcludeerd kan worden dat de voornaamste aandachtpunten op Eurpees liggen bij de verbetering van de toegang tot vreemd recht op bovenstatelijk niveau, ongeacht of dit bij verdrag of bij verordening gebeurt. Het verdient de voorkeur om verschillende wegen te bewandelen om een verbeterde toegang mogelijk te maken, dus via rechterlijke en administratieve of diplomatieke samenwerking, via de versterking van expertisecentra en de verbetering van vertalingen en online toegang tot primaire rechtsbronnen. Wel is het verstandig om dergelijke initiatieven omwille van de kenbaarheid zoveel mogelijk in één instrument op te nemen.

Voor wat de Nederlandse situatie betreft, verdient het aanbeveling om de regeling inzake de processuele status van conflicten- en buitenlands recht op onderdelen te verbeteren. Daarbij gaat het voornamelijk om de regeling in cassatie, de vaststelling van internationale elementen, welke consistenter kunnen worden, de stroomlijning van het conflictenrechtelijke procedé in het Nederlandse burgerlijk geding, de verduidelijking van de verplichtingen van partijen om te assisteren bij de zoektocht naar inhoud en uitleg van het recht en aannemen van een duidelijke maatstaf om te kunnen bepalen wanneer deze zoektocht mislukt is. Ook is het verstandig om, op enkele uitzonderingen na, aansluiting te zoeken bij de lex fori als surrogaatrecht en een meer facultatief uitgangspunt bij het probleem van vreemd recht in kort geding. Tot slot kan een betere afstemming tussen het conflictenrecht en de processuele inkadering daarvan worden gevonden.

10. CONCLUSIES: *IURA NOVIT CURIA* ALS OPDRACHT

668 Overzicht

In de onderhavige studie is verdiepend onderzoek gedaan naar het adagium *iura novit curia* en diens waarde voor situaties waarin het toe te passen recht van vreemde origine is. Van deze studie maakte een rechtsvergelijkende analyse deel uit, waarbij in de hoofdstukken 2 tot en met 4 het recht van respectievelijk Nederland, Duitsland, en Engeland en Wales is geanalyseerd en onderzocht op een aantal van tevoren vastgestelde aspecten van de rechtstoepassing. Nadat in hoofdstuk 5 de invloed van het recht van de Europese Unie op de rechtstoepassing is besproken, is in hoofdstuk 6 geprobeerd om de contrasten tussen de geselecteerde stelsels vast te stellen, te verklaren en te waarderen aan de hand van de daarvoor in aanmerking komende maatstaven. Vervolgens heeft in hoofdstuk 7 een waardering plaatsgevonden van het nut van het adagium *iura novit curia* voor de toepassing van buitenlands recht in de civiele procedure en zijn de gevolgen daarvan voor de verschillende deelproblemen van de processuele status van conflicten- en vreemd recht besproken. Daaruit is de conclusie getrokken dat het wenselijk is om eerst het kennisniveau van de rechter te versterken voordat aan een bevestiging van het adagium *iura novit curia* kan worden toegekomen. Daartoe zijn in hoofdstuk 8 verschillende initiatieven ter verbetering van de toegang tot buitenlands recht besproken en zijn deze op hun merites beoordeeld. Voorts is bekeken in hoeverre de Nederlandse regeling van de processuele status van conflicten- en vreemd recht aanpassing behoeft.

669 *Iura novit curia:* achtergrond en receptie

Uit de voorgaande hoofdstukken is het beeld naar voren gekomen dat *iura novit curia* niet noodzakelijkerwijze deel uitmaakt van de in Europa voorkomende rechtsstelsels. Gezien de oorsprong van dit leerstuk schetst dit ook geen verbazing, aangezien het adagium voornamelijk een gevolg is van de opkomst van het geleerde recht op het Europese continent. Het is dan ook eerder een uiting van de wens om de rolverdeling tussen de rechter en de partijen op een efficiëntere wijze te regelen en daarbij niet aan onnodige formaliteiten gebonden te zijn. Zo kan het adagium worden omschreven: als een uiting van een verantwoordelijkheidstoedeling binnen de kaders van het burgerlijk proces, niet zozeer op grond van een principiële keuze,

maar voornamelijk met het oog op de proceseconomie. Dat wil niet zeggen dat andere stelsels, zoals het Engelse, een dergelijke afweging niet hebben gemaakt. Het is alleen dat de afweging daar op een andere manier is gemaakt. In een stelsel waar de *common law* uiteindelijk de overige rechtsstelsels als het gewoonterecht en de *law merchant* heeft verdrongen en de vraag naar vreemd recht zich aanvankelijk nog niet voordeed,[1] was een dergelijk adagium – met een fixatie op rechtskennis – niet noodzakelijk. Daar ging het om een andere vraag: welke kennis, zij het van feiten of van recht, kan aan de rechter worden toegerekend? Met andere woorden, wat valt binnen de *judicial knowledge* van de rechter?

De opkomst van het ipr heeft aan het adagium *iura novit curia* wel een andere dimensie gegeven. Want als rechtsstelsels immers gelijk worden geacht, zoals in het Savigniaanse ipr wordt gepostuleerd, moet het vreemde *ius* dan ook niet op dezelfde wijze als het eigen *ius* worden behandeld? Het is in deze context dat de tegenstelling tussen feit en recht, de zogenaamde *fact-law dichotomy*, in haar dialectische vorm aan invloed heeft gewonnen en deel van het debat is gaan uitmaken. En nog steeds wordt het probleem van buitenlands recht in het civiele geding opgevat als een keuze tussen de 'feitelijke' versus de 'juridische' benadering van buitenlands recht.[2] Deze tegenstelling, die uit de aard der zaak uitgaat van een valse keuze tussen recht en feit,[3] heeft er echter voor gezorgd dat in het debat de historische wortels van het adagium langere tijd over het hoofd zijn gezien. Aanvankelijk zag *iura novit curia* immers alleen maar op het geleerde recht, juist omdat de rechter de kennis daarvan door studie had verkregen. De overige, voor de rechter uit de aard der zaak niet noodzakelijkerwijs bekende normencomplexen, zoals gewoonterecht of vreemd recht, behoefden daar niet onder te vallen. Kortom: de nadruk lag op het *novit*, en niet zozeer op het *iura*. De gelijkenis met de Engelse notie van *judicial notice* dringt zich op, zij het dat de (rechts)wetenschappelijke traditie van de continentale rechtspraak er waarschijnlijk voor heeft gezorgd dat de aan de rechter toe te rekenen kennis beperkt is gebleven tot zuiver juridische aangelegenheden.

Hoewel het agadium *iura novit curia* als zodanig slechts deel uitmaakt van een beperkte groep van Europese rechtsorden,[4] en het standpunt van het Europees Parlement in het kader van de totstandkoming van Rome II[5] dus als onjuist verworpen kan worden, neemt dit niet weg dat er in de meeste, zo niet alle, Europese rechtsstelsels aan de geest ervan tegemoet wordt gekomen. Ook in het Engelse recht met diens *fact doctrine* erkent men immers wel dat vreemd recht een bijzonder karakter heeft ('*fact of a peculiar kind*'[6]), op grond waarvan het soms op

1 Pas in een latere periode is de common law van de fictie afgestapt, volgens welke een zich in het buitenland voorgedaan hebbend geval zich in Engeland en Wales heeft voorgedaan. Zodoende werd de toepassing van een vreemd rechtsstelsel mogelijk. Zie, o.a., Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 30-34.

2 Zie recentelijk o.a. Esplugues e.a., in: *Application of Foreign Law* 2011, p. 8-18 (no. 7-15) en – hoewel kritisch ten opzichte van het onderscheid – Nishitani, in: *Treatment of Foreign Law* 2017, p. 17-20.

3 Zoals eerder al aangetoond, zie o.a. Zajtay, *Stellung* 1963, p. 7-30. Zie verder paragrafen 6.2.2. en 7.1.

4 In het Engelse recht heeft het adagium geen ingang gevonden, zie hoofdstuk 4.

5 Aanbeveling voor de Tweede Lezing lezing, A6-0481/2006, p. 22.

6 *Parkasho v. Singh* [1968] P. 233.

gelijke voet als het eigen recht wordt behandeld.[7] Hoewel het adagium in normatief opzicht dus geen rol hoeft te spelen, neemt dit niet weg dat het wel als een opdracht voor alle betrokkenen, ook de partijen, kan worden beschouwd om *iura novit curia* zo veel mogelijk te verwezenlijken. Deze conclusie werpt weer een aantal nieuwe vragen op: is het wenselijk om het gebruik van het adagium voor te schrijven? Zo ja, uit welke elementen bestaat dit dan? En zo nee, welke alternatieven zijn er om het adagium *iura novit curia* in de praktijk zo veel mogelijk te benaderen en hoe moeten deze worden gewaardeerd?

670 Bijzonderheden adagium in internationale gevallen

In het vorige hoofdstuk is betoogd dat, wil een zinnig onderzoek naar de wenselijkheid van *iura novit curia* in internationale gevallen kunnen plaatsvinden, eerst moet worden bezonnen op hetgeen dit adagium daadwerkelijk meebrengt. Hierbij zijn de vier elementen waaruit dit adagium, althans in de context van het ipr, bestaat, als leidraad genomen: *iura* ('recht'), *novit* ('kennen'), *curia* ('rechter') en 'internationale gevallen'. In het kort gaat het dus om de toekenning aan de rechter van de kennis van het recht in internationale aangelegenheden. Dit heeft geleid tot de volgende conclusies:

- *Iura*: het vreemde recht is "recht", maar wel recht waarvan de rechter geen gezaghebbende rechtskennis heeft. Met "gezaghebbend" wordt bedoeld dat er geen systeem is waarin bij onduidelijkheid ofwel een hogere rechter een correctie kan toepassen ofwel de hoogste rechter zelf duidelijkheid kan verschaffen. Het staat daarmee gelijk aan andere normencomplexen waarvoor dit gebrek aan gezaghebbende kennis bestaat, zoals bij gewoonterecht of wat wel bekend staat als 'autonoom (arbeids)recht'. Om begripsverwarring te voorkomen, kan beter worden gezegd dat vreemd recht autonoom recht is van heteronome origine.
- *Novit*: de rechter kent het vreemde recht niet noodzakelijkerwijs en moet zich dus van hulpmiddelen bedienen om deze kennis wel te verkrijgen. Dat maakt de rechter erg afhankelijk van de beschikbaarheid en de betrouwbaarheid van bronnen of van personen met toegang tot die bronnen. Veelal brengt het gebruik van deze bronnen vaak ook kosten in ruime zin mee, zoals financiële kosten in het individuele geval, systeemkosten en tijd.
- *Curia*: de toepassing van het recht door de rechter is een activiteit met een eigen karakter, die in schril contrast staat met bijvoorbeeld de rechtstoepassing door niet-gerechtelijke autoriteiten. In het laatste geval betreft het een handelingsprobleem, waarbij het toepasselijke recht eerder een "praktische voorvraag" is, terwijl het in het eerste geval een kennisprobleem betreft, waarover de rechter een gemotiveerd standpunt moet zien in te nemen. Ook betekent dit dat de rechter aan allerlei procesrechtelijke beginselen en voorschriften is gebonden, waardoor de rechtstoepassing beïnvloed kan worden. Verder is de overheidsrechter, in tegenstelling tot de arbiter, bekleed met staatsgezag, ook al kan de

7 Zie paragraaf 4.5.

rechtstoepassing in contentieuze zaken wel op hoofdlijnen overeenstemmen met de rechtstoepassing in arbitrale procedures.

- *Internationaal*: het vreemde recht wordt in de regel – maar niet uitsluitend – aangewezen door regels van conflictenrecht, die op hun beurt ook weer hun eigen functies, beginselen en doelstellingen kennen. Deze doelstellingen, zo wordt betoogd, kunnen ook van invloed zijn op de wijze waarop met vreemd recht moet worden omgegaan. Dit argument lijkt aan kracht toe te nemen wanneer het conflictenrecht in internationale instrumenten is opgenomen. Het is echter de vraag wat de daadwerkelijke invloed van het conflictenrecht is op de uiteindelijke materiële uitkomst van het geschil. Ook is het de vraag of een internationaal geval 'meer ambtshalve' moet worden behandeld dan een zuiver interne situatie, en zo ja, wat daarvoor de rechtvaardiging is.

671 Supranationale regeling processuele behandeling onwenselijk

In het licht van deze uitgangspunten kan de conclusie worden getrokken dat de enkele eenmaking van de processuele behandeling van vreemd recht in Europees verband onwenselijk is. Weliswaar lijkt een dergelijke benadering de wijze waarop vreemd recht in de lidstaten wordt toegepast op het eerste gezicht eenvormiger te maken, maar bij nader inzien laat het twee belangrijke zaken buiten beschouwing, namelijk het gebrek aan kennis en het gebrek aan gezag. De rechter die van Uniewege wordt gedwongen om het vreemde recht ambtshalve te onderzoeken, kan nog steeds worden geconfronteerd met een informatiegebrek of met een uitlegprobleem. Om die reden wordt betoogd dat het wenselijker is om deze twee zaken eerst te behandelen door een verbeterde informatievoorziening en door grensoverschrijdende samenwerking, en zo het adagium *iura novit curia* zoveel mogelijk te benaderen. Wel is het mogelijk dat (in Europees verband) een instrument wordt ontworpen, op grond waarvan rechters zichzelf ervan moeten vergewissen dat partijen ervan op de hoogte zijn dat een vreemd recht van toepassing is of kan zijn. Een dergelijke *Hinweisepflicht* kan eventueel in de consideransen van EU-verordeningen worden opgenomen.

Ook al is eenmaking van de wijze waarop het toepasselijke recht processueel wordt behandeld niet gewenst, neemt dit niet weg dat een aantal minimumstandaarden ontwikkeld kan worden waaraan nationale rechtsstelsels moeten voldoen. Deze standaarden zijn als volgt:

– Partijen kunnen processueel beschikken over de toepassing van het recht, voor zover er geen openbare belangen of belangen van derden aan de orde zijn die gewaarborgd moeten worden (zoals bij recht van openbare orde). Dit kan ofwel door de internationaliteit van het geval buiten de rechtsstrijd te houden of door zich niet te beroepen op feiten die kunnen wijzen op de toepasselijkheid van een vreemd rechtsstelsel. Ook een facultatief conflictenrecht kan tot de mogelijkheden behoren, net zoals de spiegelbeeldige variant van de "negatieve rechtskeuze" of *Abwahl*, waarbij overeenkomen het toepasselijk recht niet te laten toepassen. Een dergelijke dispositievrijheid heeft een ander karakter dan een conflictenrechtelijke rechtskeuze. Wel moeten partijen geïnformeerd zijn wanneer zij van hun beschikkingsvrijheid gebruikt maken.

- Van partijen kan medewerking worden gevraagd bij de toepassing van vreemd recht, zij het vanaf het begin af aan of wanneer de rechter al het basiswerk heeft gedaan en met bepaalde onzekerheden geconfronteerd wordt. De afhankelijkheid van de rechter van bronnen over vreemd recht maakt dat van partijen een actieve houding kan worden verwacht bij de vaststelling van de inhoud van vreemd recht. De rechter behoudt altijd een controlerende en desnoods corrigerende rol, ook als de verantwoordelijkheid in beginsel bij partijen wordt gelegd.
- Bij de vraag of de initiële verantwoordelijkheid bij partijen moet komen te liggen, zijn de volgende elementen van belang: de vraag wie heeft bijgedragen aan de omstandigheid dat het toepasselijke recht "vreemd" is; of de partij of partijen een betere informatiepositie heeft dan de rechter of haar wederpartij; of er grote verschillen bestaan tussen de lex fori en de lex causae en of de betrokken rechten van een openbare orde-karakter of van een vergelijkbaar karakter zijn.
- In kort geding is het wenselijk om in beginsel van de lex fori uit te gaan, en slechts vreemd recht toe te passen wanneer de partijen daartoe voldoende informatie overleggen en dit uitdrukkelijk verzoeken. Wel kan bij de toekenning van voorlopige maatregelen rekening worden gehouden met een mogelijk andersluidend oordeel naar vreemd recht en daartoe bepaalde modaliteiten worden gekozen om die risico's te mitigeren, zoals een borgstelling.
- Bij voorrangsregels moet een onderscheid worden gemaakt tussen voorrangsregels waarvan de gelding de rechter algemeen bekend moet zijn en voorrangsregels waarbij dat niet het geval is. In het eerste geval heeft de rechter ambtshalve de regel toe te passen en desnoods de inhoud daarvan te onderzoeken, terwijl hij in het tweede geval zich kan verlaten op de stellingen van de partijen in het geding.
- De methoden en technieken die worden gebruikt voor het onderzoek naar vreemd recht, zijn deels afhankelijk van de initiële verantwoordelijkheidstoedeling. In ieder geval moet zijn voldaan aan de vereisten van flexibiliteit en betrouwbaarheid, met andere woorden: onnodig formalisme moet worden vermeden, zonder dat wordt ingeboet aan de betrouwbaarheid van de bron die wordt gebruikt om inlichtingen over het toepasselijke recht te verkrijgen.
- De kosten van het onderzoek naar vreemd recht moeten, indien dit onderzoek aan de partijen is opgedragen, worden vergoed wanneer de betrokken partij deze anders niet had kunnen dragen. Wanneer het onderzoek aan de rechter is opgedragen, moet de staat de kosten van het onderzoek dragen, tenzij het gaat om twee professionele partijen met een betere informatiepositie dan de rechter. In het laatste geval kan van partijen worden verwacht dat zij een bijdrage leveren, dan wel op zijn minst de kosten van hun eigen onderzoek dragen.
- Wanneer de inhoud van het vreemde recht om de een of andere reden niet wordt vastgesteld, moet in beginsel de lex fori als surrogaatrecht dienen. Het maakt daarbij niet uit of dit als presumptie of als verlegenheidsoplossing dient. Wel hoort er een uitzondering te worden gemaakt voor de situatie waarin de onverkorte toepassing van de lex fori leidt tot een onaanvaardbaar verlies van rechten van een betrokkene, zij het de procespartijen of een betrokken derde.

– In hogere en desnoods hoogste instantie kan de toetsing van de toepassing van het vreemde recht door de lagere rechter worden beperkt, mits is voldaan aan de rechtsbeschermingsfunctie van het rechtsmiddel.

Wanneer is voldaan aan deze beginselen, kan zich een ontwikkeling voordoen waarbij de behandeling van buitenlands recht in het burgerlijk geding zich eenvormiger voordoet, zonder dat daarbij wordt afgedaan aan andere belangen die bij de rechtstoepassing in internationale aangelegenheden zijn betrokken. Het houdt rekening met de functie van de civiele rechtspraak in het concrete geval, met de belangen van derden of met publieke belangen wanneer dat noodzakelijk is, en het poogt de kosten die bij de toepassing van vreemd recht zijn betrokken zo veel mogelijk te verdelen. Ook wordt rekening gehouden met het belang van de procespartijen en kunnen zij de kosten, wanneer zij deze althans (deels) moeten dragen, en het daarmee gepaard gaande tijdsverlies vermijden door over de toepasselijkheid van vreemd recht te beschikken.

672 Verbetering toegang tot informatie

Naast de eenvormigheid van de behandeling van buitenlands recht, komt ook de vraag op naar de verbetering van de informatiepositie inzake buitenlands recht ('*novit*'). Er bestaan momenteel al instrumenten die de uitwisseling van inlichtingen beogen te verbeteren, zoals de Europese Overeenkomst van 1968 en, in mindere mate, het EJN. In deze studie is ook een aantal in de literatuur gedane voorstellen onderzocht. Het lijkt wenselijk om een eventueel regeling op Europees vlak zoveel mogelijk in één instrument te vatten. Daarbij moet aandacht worden besteed aan de twee aspecten die met buitenlands recht zijn verbonden, namelijk het gebrek aan kennis van en het gebrek van gezag over vreemd recht.

Het gebrek aan rechtskennis kan op verschillende manieren worden bestreden. Ten eerste kan een verbeterde samenwerking tot stand worden gebracht door een nieuwe regeling te baseren op de Europese Overeenkomst, of althans de uitvoering daarvan op Europees niveau te verbeteren. Een dergelijke regeling kan ervoor zorgen dat rechters zich direct richten tot de centrale autoriteit van een andere lidstaat voor informatie over diens rechtsstelsel. Ook kunnen daarbij kwaliteitseisen worden gesteld aan de te verstrekken informatie en aan de organisatie die de informatie moet verschaffen. Er kunnen termijnen worden gesteld waarbinnen de organisatie moet reageren. Wanneer in hoger beroep wederom van deze methode gebruik wordt gemaakt, zal bekeken moeten worden of dezelfde personen het antwoord op het verzoek mogen geven of dat dit uitbesteed moet worden aan een andere persoon of organisatie.

Een tweede manier is om de meer informele weg van het Europees Justitieel Netwerk te volgen. Ook al is deze methode door sommigen wel voorgestaan,[8] kunnen er vraagtekens worden geplaatst bij deze oplossing. Het EJN is een samenwerkingsplatform, waar voornamelijk problemen van meer praktische aard worden

8 Hübner, *Ausländisches Recht* 2014, p. 387-396; Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht* 2011, p. 430-432; Jänterä-Jareborg, *RCADI* 2003, p. 318-321.

behandeld. Het behandelen van verzoeken om inlichtingen over vreemd recht kan te veel vergen van de capaciteit van een dergelijk netwerk. Verder kan het registreren en afdoen van verzoeken om informatie het informele karakter van het netwerk aantasten, terwijl het niet noodzakelijk hoeft bij te dragen aan de kwaliteit van de informatie. Ook is het niet duidelijk welke sancties er op niet-naleving van verzoeken bestaan.

Tot slot zijn er nog andere methoden om informatie over vreemd recht te kunnen verkrijgen. Zo kunnen databanken in het leven worden geroepen waarin informatie over vreemd recht is te vinden en andere gedigitaliseerde bronnen worden gehanteerd. Ook kunnen er certificeringen worden toegekend aan specialisten of instituten, waaraan kwaliteitsnormen voor de geleverde diensten kunnen worden gekoppeld. Voorts kan worden gedacht aan het ontwikkelen van 'soft law'-instrumenten, zoals 'restatements' of 'principles', waarin de gemene deler van de lidstaten per rechtsgebied wordt weergegeven, en welke ofwel kunnen dienen als kennisbron of als 'surrogaatrecht'.

673 Gezagsprobleem

Het gebrek aan gezag over het vreemde recht kan op slechts een beperkt aantal wijzen worden verholpen, omdat men daartoe het gezag van de betrokken vreemde staat nodig heeft. Dit kan worden verholpen door de techniek van '*certification*': een systeem waarbij een gerecht van de ene staat vraagt om een gezaghebbende uitspraak van een gerecht van de andere staat over diens recht. Dit systeem bestaat ook in de Verenigde Staten in de vorm van een modelwet. Ook in het Verenigd Koninkrijk bestonden de *British Law Ascertainment Act* en de *Foreign Law Ascertainment Act*. In Europees verband is wel voorgesteld om een dergelijk systeem in de vorm van een intra-Europese prejudiciële vraag ('*Vorlageverfahren*') te gieten.[9] In een uitzonderlijk geval zou men zich ook de techniek van een 'declaratoir' kunnen voorstellen, waarbij de zaak wordt aangehouden en partijen de opdracht krijgen om bij de rechter van de staat waarvan het recht van toepassing is een verklaring voor recht te vorderen over de inhoud en toepassing van dat recht. Het is echter de vraag of dit zich wel verdraagt met de in de EU geldende bevoegdheidsregels en in het bijzonder met de regeling van de litispendentie.

Het verdient de voorkeur om te kiezen voor een prejudiciële procedure, te meer omdat dit instituut in Europees verband reeds bekend is. Wel is het noodzakelijk om het gebruik van deze procedure aan beperkingen te onderwerpen. Zo zou er slechts gebruik van mogen worden gemaakt wanneer het gaat om een uitlegprobleem, op gelijke voet als de momenteel bekende prejudiciële procedure in EU-verband. Het gebruik van het instituut zou de procedure immers aanmerkelijk vertragen. Ook brengen de procedurele waarborgen die aan de prejudiciële procedure moeten worden gesteld mee dat deze weg niet al te lichtvaardig bewandeld moet worden. Voorts zouden slechts de hoogste rechters van de lidstaten tot het geven van een

9 Zie Remien, in: *Aufbruch nach Europa* 2001, i.h.b. p. 627 e.v.

dergelijke prejudiciële beslissing bevoegd mogen zijn.[10] Als dit anders zou zijn, en ook lagere rechters daartoe bevoegd zouden zijn, betekent dit dat ofwel hun oordeel in een later geval onjuist kan blijken te zijn, ofwel de vraag opkomt of van de prejudiciële beslissing zelf weer beroep kan worden ingesteld en een '*Parallelprozeß*'[11] kan ontstaan. Gezien de vereisten van hoor en wederhoor is het verder wenselijk dat partijen de mogelijkheid hebben hun visie op het geschil te mogen geven, zelfs wanner dat (slechts) schriftelijk kan geschieden. Tot slot zal de prejudiciële beslissing bindend moeten zijn voor de verwijzende rechter, althans voor wat betreft de uitleg van het recht.[12] De buitenlandse rechter moet wel in staat zijn de vraag te herformuleren, wanneer dat nodig mocht blijken te zijn.

Het voordeel van deze benadering is dat ook het Hof van Justitie zelf vragen kan stellen aan de hoogste rechters van de lidstaten wanneer het Hof op zijn beurt wordt geconfronteerd met de toepassing van het recht van lidstaten.[13] Dit geschiedt dan naar analogie van het Amerikaanse recht, volgens welke de US Supreme Court zich moet refereren aan de uitleg van het recht van de deelstaten, de zogenaamde *Erie*-doctrine, en waarvoor deze eveneens de modelwet kan gebruiken.

Op deze manier kan de toegang tot de inhoud van het recht van lidstaten worden verbeterd. Dit neemt niet weg dat er ook op mondiaal niveau, bijvoorbeeld onder auspiciën van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht,[14] een instrument tot stand wordt gebracht met één of meer van deze onderdelen. Daarop lijkt op korte termijn echter geen uitzicht te bestaan, aangezien het *Access to Foreign Law*-project recentelijk van de agenda is verwijderd. Omdat het voornoemde project slechts de toegang tot vreemd recht betrof, en niet eens de procedurele regeling van de status daarvan in het civiele proces, lijkt de haalbaarheid van een in enigerlei opzicht verdergaande regeling nog minder waarschijnlijk. Bovendien is het succes een dergelijk mondiaal instrument vanwege het intergouvernementele karakter ervan sterk afhankelijk van het aantal daaraan deelnemende staten. Het lijkt daarom zowel efficiënter als effectiever om in plaats daarvan aansluiting te zoeken bij reeds bestaande regelingen, zoals de Overeenkomst van Montevideo van 1979.

674 Verbeteringen Nederlandse situatie: overzicht

De doelstelling van het onderzoek is, zoals in Hoofdstuk 1 is aangegeven, tweeledig. Niet alleen is het de bedoeling om de waarde van *iura novit curia* voor het hedendaagse ipr en de toepassing van vreemd recht in het burgerlijk geding in het algemeen te bespreken. Het is tevens één van de doelstellingen om te bezien wat het onderzoek meebrengt voor de Nederlandse situatie. Want hoewel met de inwerkingtreding van art. 10:2 BW een duidelijke regeling tot stand lijkt te zijn gebracht, zijn vele vragen nog onbeantwoord gebleven en zijn er soms, zeker gezien

10 Anders: Remien, in: *Aufbruch nach Europa* 2001, p. 628 ('ein im Instanzenzug entsprechendes Gericht').

11 Zie Remien, in: *Aufbruch nach Europa* 2001, p. 629, die terecht meent dat zoiets niet wenselijk is.

12 Anders Remien, in: *Aufbruch nach Europa* 2001, p. 629 (wel 'persuasive authority').

13 Zo ook Remien, in: *Aufbruch nach Europa* 2001, p. 627-628. Zie voorts de *Edwin*-zaak, besproken in paragraaf 5.3.5.2.

14 Zo ook Madrid Principle XI, in: Esplugues e.a. 2011, p. 95.

recente jurisprudentie van de Hoge Raad,[15] zelfs vragen bijgekomen. De volgende vragen zijn tot op heden nog onbeantwoord gebleven:
- Wat is de verhouding tussen art. 10:2 BW en het stelsel van art. 24 en 25 Rv?
- Wat is de status van conflictenrechtelijk relevante feiten?
- Hoe kan het conflictenrechtleijke procedé in de civiele procedure worden gestroomlijnd?
- In hoeverre kan van partijen een actieve houding bij het onderzoek naar de inhoud van buitenlands recht worden verwacht en wat zijn de gevolgen van een inactieve proceshouding?
- Welke regeling moet gelden voor de kosten voor het onderzoek naar vreemd recht?
- Wanneer kan het vreemde recht worden geacht onkenbaar te zijn?
- Welk surrogaatrecht moet worden toegepast wanneer de inhoud van het buitenlandse recht niet kan worden achterhaald?
- Op welke wijze moet de rechter omgaan met buitenlandse voorrangsregels?
- Behoeft de positie van vreemd recht in appel en cassatie heroverweging?
- Hoe moet de toepassing van vreemd recht in kort geding plaatsvinden?

Getracht is om op deze vragen een antwoord te vinden dat past binnen het kader van de bevindingen van het onderzoek die reeds eerder zijn gedaan. Dit heeft geleid tot de volgende conclusies inzake de positie van conflicten- en buitenlands recht in het Nederlandse procesrecht.

675 Procesrechtelijke inkadering art. 10:2 BW

In diens verhouding tot art. 24 en 25 Rv is art. 10:2 BW niet te beschouwen als een species met een eigen processueel regime. Eerder kan het worden gezien als een conflictenrechtelijk relevante variant van art. 25 Rv, wat meebrengt dat art. 10:2 BW is begrensd door de processuele kaders van art. 24 Rv. De rechtvaardiging voor die opvatting kan worden gevonden in de wetsgeschiedenis, volgens welke de inwerkingtreding van art. 10:2 BW niets beoogde te veranderen aan de reeds bestaande situatie. In de periode voorafgaand aan 1 januari 2012 werden conflictregels en regels van vreemd recht beschouwd als 'rechtsgronden' in de zin van art. 25 Rv. Het zou daarom wenselijker zijn geweest om aan art. 25 Rv een tweede lid toe te voegen die zulks duidelijk maakte:

> 2. Onder rechtsgronden, bedoeld in het eerste lid, worden mede begrepen rechtsgronden die zijn ontleend aan het internationaal privaatrecht en aan het recht van vreemde staten.

Het huidige art. 10:2 BW regelt immers niets meer dan de initiële taakverdeling bij de toepasselijkheid van vreemd recht, en laat overige zaken, zoals het surrogaatrecht of de mogelijke assistentie van partijen, verder ongeregeld. De noodzaak voor een bijzondere, op het ipr en op vreemd recht toegespitste, bepaling valt daarmee

15 Zie paragraaf 1.2.1. en paragraaf 2.3.3.2.

grotendeels weg, tenzij *de lege ferenda* aan art. 10:2 BW meer leden toegevoegd worden waarbij voor een of enkele van deze zaken een regeling wordt gegeven.

Het gevolg daarvan is wel dat, ook in het huidige systeem, de toepasselijkheid van vreemd recht mogelijk aan de partijdispositie wordt onderworpen voor zover er geen rechten aan de orde zijn die de openbare orde in processuele zin raken. Dit roept twee aanvullende vragen op, namelijk: i) is het wenselijk dat partijen onder omstandigheden processueel over het toepasselijke recht kunnen beschikken, ook als er conflictenrechtelijk beschouwd geen rechtskeuzemogelijkheid bestaat, en ii) aan de hand van welke recht moet de vraag worden beantwoord of de in het geding zijnde rechten van openbare orde in processuele zin zijn?

Op de eerste vraag kan worden geantwoord, dat het wenselijk is om aan partijen een ruime dispositievrijheid toe te kennen wanneer het een geschil is dat niet van openbare orde is. Wanneer zij immers in een zuiver interne situatie de rechter kunnen binden aan een bepaalde rechtsgrondslag, zoals aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad in plaats van wanprestatie, valt niet in te zien waarom zij dat niet mogen in een internationaal geval, zeker wanneer zij daarbij binnen de kaders van de verwijzingscategorie blijven (foraal contractenrecht versus vreemd contractenrecht). Slechts de openbare orde, zoals zij in processuele zin begrepen wordt, kan daaraan in de weg staan en kan vereisen dat zoveel mogelijk het toepasselijke recht wordt achterhaald. Met andere woorden, in de afweging tussen partijbelang en het conflictenrechtelijke belang de zaak zoveel mogelijk door het eigenlijk toepasselijke recht te laten beheersen, laat de openbare orde de balans naar het laatstgenoemde overhellen. De rechtshandhavingsfunctie van het burgerlijk procesrecht derogeert dus aan de rechtsbeschermingsfunctie. Deze gevolgtrekking is slechts anders indien de conflictregel, waarvan de toepassing door de openbare orde is aangemoedigd, een rechtskeuze toestaat die in het gegeven geval voor de toepassing van de lex fori kan leiden. De conflictregel maakt in dat geval geen aanspraak op toepassing.

Op de tweede vraag kan worden geantwoord, dat de kwestie van de openbare orde moet worden bezien aan de hand van de lex fori. De rechtvaardiging daarvoor kan worden gevonden in de processuele functie de openbare orde in dit verband vervult, zodat ex art. 10:3 BW daarop het Nederlandse recht van toepassing is (*lex fori regit processum*). Weliswaar wordt de openbare orde in processuele zin ingevuld door het materiële (Nederlandse) recht, maar dit is niet meer dan een materieel-rechtelijke voorvraag bij de toepassing van een procesrechtelijke regel. Er had immers ook een zelfstandige invulling van dit begrip op procesrechtelijk niveau gegeven kunnen worden. Daar komt bij dat het alternatief, namelijk om de vraag naar het openbare orde-karakter door de lex causae te laten beheersen, uitermate inefficiënt is. In dat geval moet de rechter eerst de inhoud van het vreemde recht achterhalen, om vervolgens tot de conclusie te komen dat hij misschien niet buiten de grenzen van het geschil had mogen treden.

De processuele inkadering van conflicten- en vreemd recht roept ook de vraag op of bepaalde excepties of correctiemechanismen aan een bijzonder regime onderworpen zijn. Net zoals in interne procedures soms een uitdrukkelijk beroep op een rechtsgrond vereist is om deze deel van de rechtsstrijd te maken, zoals in het geval van vernietiging of verjaring, kan dit naar analogie worden toegepast op bepaalde

excepties in het ipr. Vanwege het duidelijk aanwijsbare individuele belang dat met de fait accompli-exceptie wordt beschermd, lijkt het in dat geval aangewezen om de toepassing van dat mechanisme aan een uitdrukkelijk beroep van partijen afhankelijk te stellen. De overige excepties – algemene exceptie, openbare orde – beschermen geen duidelijk, in abstracto individualiseerbaar belang, maar hebben daarentegen een algemenere werking.

676 Internationale elementen

Nauw verwant aan de voorgaande vraag betreft de problematiek van de conflictenrechtelijk relevante feiten of internationale elementen. De Nederlandse wetgeving zwijgt op dit punt, terwijl de rechtspraak een wisselend beeld laat zien. Ook de literatuur heeft zich slechts in bescheiden mate over dit onderwerp uitgelaten.[16] In het huidige stelsel van Nederlands procesrecht zijn twee oplossingen het meest voor de hand liggend. Ten eerste kan worden aangevoerd dat de vaststelling van dergelijke feiten onderworpen is aan de inlichtingenplicht van art. 22 Rv. Wanneer de rechter niet de informatie ontvangt die hij nodig meent te hebben, kan hij vervolgens de gevolgtrekking maken 'die hij geraden acht', hetgeen internationaalprivaatrechtelijk kan worden ingekleurd.[17]

Een tweede mogelijkheid is dat het stelsel van art. 149 en 150 Rv naar analogie wordt toegepast. Voor zover de betrokken regel niet de processuele openbare orde raakt, betekent dit dat indien de ene partij de stellingen van de andere partij niet voldoende betwist deze stellingen voor waar moeten worden aangenomen. Dit levert wel het de vraag op, wie in de eerste plaats moet stellen: is dat de eiser (of verzoeker) of de partij die belang heeft bij de toepassing van vreemd recht? Ook is het gevolg anders; bij het bewijs van materieelrechtelijk relevante feiten kan afwijzing van de vordering volgen, terwijl het bij conflictenrechtelijke relevante feiten dit slechts betekent dat de lex fori van toepassing is. Ook kan de striktheid van art. 150 Rv problematisch zijn; een flexibeler omgang met deze materie is wellicht wenselijker. Het voert echter te ver om alle conflictenrechtelijke relevante feiten te beschouwen als zaken die de openbare orde betreffen. Dit zou namelijk impliceren dat conflictregels altijd van openbare orde zijn. Het is mogelijk nog wenselijker om een volledig eigen processueel regime voor de vaststelling van dergelijke internationale elementen te ontwerpen, aangezien deze feiten toch een eigen karakter hebben die het onderscheidt van materieelrechtelijke relevante feiten.[18]

Voor de stroomlijning van het conflictenrechtelijk procedé in het burgerlijk proces zijn in het verleden al voorstellen gedaan. Het lijkt wenselijk om in het Nederlandse burgerlijk procesrecht de vraag naar het toepasselijke recht en het onderzoek daarvan in een zo vroeg mogelijk stadium van de procedure aan de orde

---

16 Zie o.a. Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 95, 135, en 136-138; P.M.M. Mostermans, 'Enkele procesrechtelijke vragen bij de toepassing van art. 1 WCE', *FJR* 1992, afl. 7, p. 156-160, i.h.b. p. 157-159; De Boer, in: *Offerhauskring vijfentwintig jaar* 1987, p. 23-39.

17 Zoals de gevolgtrekking, dat bijvoorbeeld niet is komen vast te staan dat een partij de nationaliteit van staat X heeft of haar gewone verblijfplaats in staat Y is gelegen.

18 Voor het eigen karakter van conflictenrechtelijk relevante feiten, zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 95, 135, en 136-138.

te stellen. Een optie is om het bevoegdheidsincident uit te breiden en in dat incident ook de vraag naar het toepasselijke recht te betrekken. Een van de voordelen daarvan is dat in die situatie het toepasselijke recht reeds in een vroeg stadium bekend wordt, hetgeen ook van belang is voor het bepalen van de stelplicht- en bewijslastverdeling.[19] Wel is het de vraag hoe het een en ander zich gaat verhouden tot de veranderingen die het KeI-project gaat meebrengen. Het is verdedigbaar dat zaken waarin een internationaal element een rol speelt, behoudens tegenimplicaties, steeds als een 'gecompliceerde' procedure te beschouwen. Dit hoeft slechts uitzondering te leiden wanneer partijen aanvoeren dat het internationale karakter niet aan een behandeling in de 'basisprocedure' aan de weg staat. Het verschil in behandeling ten opzichte van een zuiver interne zaak wordt gerechtvaardigd doordat de aanwezigheid van het internationale element een aantal complicaties meebrengt, zoals de bepaling van de inhoud en de teneur van vreemd recht.

677 Actieve(re) houding partijen; kosten; onkenbaarheid

Van partijen kan een actieve houding worden verwacht in het proces van het onderzoek naar de inhoud van vreemd recht. Deze actieve houding kan uit een aantal 'gradaties' bestaan. Ten eerste kan van partijen worden verlang dat zij (in hun schriftelijke stukken) aangeven welk recht zij van toepassing achten en de rechtsgronden aanvoeren op grond waarvan zij menen een bepaalde rechtspositie naar vreemd recht te hebben ('*to argue foreign law*'[20]). Daarnaast kan van hen worden verwacht dat zij desgevraagd informatie over vreemd recht overleggen om hun stellingen te onderbouwen, zoals kopieën van primaire bronnen (wet- en regelgeving of rechtspraak) of van secundaire bronnen (literatuur of commentaren), of een juridisch advies. Indien nodig kan, ten derde, het hele proces van het onderzoek aan partijen worden overgelaten, bijvoorbeeld wanneer het twee commerciële partijen betreft met een betere informatiepositie van de rechter. De rechter kan in dat geval een controlerende, eventueel aanvullende, rol spelen bij het onderzoek naar vreemd recht. Hierbij speelt niet alleen de informatiepositie een rol, maar ook de hoedanigheid van partijen en de kosten van het onderzoek.[21]

De kosten van de toepassing van vreemd recht moeten, wanneer het de verantwoordelijkheid van de rechter is, ook door de staat worden gedragen. In die gevallen dat de hulp van partijen noodzakelijk is, zullen de kosten in beginsel voor rekening komen van degene die in het ongelijk wordt gesteld. De kosten van een advies over vreemd recht moeten worden gedekt door de rechtsbijstand wanneer een partij op basis van een toevoeging procedeert. Verder zal bij een verdeling van de kosten rekening gehouden moeten worden met de reeds eerder genoemde

---

19 Zie Mostermans, *Processuele behandeling* 1996, p. 45.

20 Ontleend aan Pollack 1978, p. 474-475: 'But in general, whether or not American judges actually can comprehend the foreign law, the appearances are such that we are likely to think that we can, and a party is well advised to brief and argue the foreign law in the same manner as is done with the domestic law, if only for that reason.'

21 Zie paragraaf 8.1.1.3.

factoren, zoals de vraag wie heeft bijgedragen aan de toepasselijkheid van vreemd recht, of wat de hoedanigheid van partijen is.[22]

Er dient meer duidelijkheid te komen voor het probleem dat het als toepasselijk aangewezen recht voor de rechter onkenbaar blijkt te zijn. Daarbij kan in de eerste plaats worden gedacht aan de te hanteren maatstaf om een dergelijke onkenbaarheid te kunnen vaststellen. Voor die maatstaf moet niet alleen het feitelijke gebrek aan toegang doorslaggevend zijn ('absolute onkenbaarheid'), maar ook de omstandigheid dat het onderzoek naar de inhoud van vreemd recht, hoewel niet onmogelijk, tot verhoudingsgewijs te hoge kosten en te veel vertraging zou leiden ('relatieve onkenbaarheid').[23]

In de tweede plaats is het noodzakelijk om een duidelijk surrogaatrecht aan te wijzen. Om verschillende redenen verdient het de voorkeur om primair aansluiting te zoeken bij de lex fori. Zo is er het principiële argument dat het rechtsstelsel zich al eenmaal heeft opengesteld voor vreemd recht, ook al heeft dat niet tot het gewenste resultaat geleid. Waarom zou het voor een tweede keer 'opengesteld' moeten worden?[24] Voorts is er het pragmatische bezwaar dat aanknoping bij een ander recht, zoals een subsidiair toepasselijk recht of een verwant rechtsstelsel, tot rechtsonzekerheid leidt. Is in een voorkomend geval wel een subsidiair geldend recht voorhanden? Welk rechtsstelsel kan eigenlijk als 'verwant' worden beschouwd? Wat is de hiërarchie tussen deze alternatieven? Ten derde is er het processuele belang dat het onderzoek naar vreemd recht, ook al is dat mislukt, reeds tijd, geld en moeite heeft gekost, zodat het vanuit een oogpunt van procesefficiëntie beter is om een stelsel te kiezen waarvan men wel gezaghebbende rechtskennis bezit. Desondanks zou er op het primaat van de lex fori een uitzondering gemaakt moeten worden wanneer de onverkorte toepassing van dit recht tot een onaanvaardbaar gevolg zou leiden, bijvoorbeeld omdat duidelijk is dat een van de partijen een recht zal verliezen die zij naar vreemd recht waarschijnlijk wel bezat, gezien de aanwijzingen die het onderzoek reeds heeft opgeleverd. In de Nederlandse situatie kan de redelijkheid en billijkheid daarbij mogelijk een corrigerende rol spelen, aangezien in dat geval toch Nederlands recht van toepassing is. Beter is het nog om een correctiemechanisme *sui generis* te hanteren, door de vraag te stellen of toepassing van Nederlands recht zal leiden tot een onaanvaardbaar rechtsverlies, en op grond daarvan een correctie toe te passen. In dat geval kan men zich alsnog wenden tot een verwant rechtsstelsel, een universeel rechtsstelsel of een subsidiair geldend recht.

678 Voorrangsregels

In het geval buitenlandse voorrangsregels aan de orde zijn, moet worden afgezien van een onverkorte toepassing van art. 10:2 BW. Weliswaar gaat het hierbij om regels

22 Zie paragraaf 8.1.1.3.

23 Kreuzer, *NJW* 1983, p. 1943.

24 Zoals in vergelijkbare bewoordingen is gesteld over de noodzaak van een 'surrogaatrecht' bij de toepasing van de openbare orde-exceptie, zie A-G Strikwerda in zijn conclusie bij HR 9 november 2001, *NJ* 2002/279, m.nt. ThMdB (ELCI:NL:PHR:2001:AD4011), no. 12: 'De lex fori herneemt op dat punt, omdat de verwijzing naar buitenlands recht faalt, haar heerschappij'. Zo ook Th.M. de Boer in zijn NJ-noot bij het arrest, onder 4.

van vreemd recht, maar deze regels vallen in beginsel niet onder het verwijzingsstatuut en om die reden kunnen ze aan de aandacht van de rechter ontsnappen. In plaats van de benadering waarbij de uit art. 10:2 BW voortvloeiende onderzoeksplicht een-op-een van toepassing wordt verklaard op vreemde voorrangsregels, lijkt het efficiënter om te bepalen welke voorrangsregels geacht kunnen worden tot het kennisdomein van de rechter te behoren en welke niet. Bij de eerste categorie kan worden gedacht aan normen waarvan het algemeen bekend is dat zij van bijzonder dwingende aard kunnen zijn en de toepassing van privaatrecht kunnen beïnvloeden, zoals mededingingsrechtelijke of arbeidsrechtelijke voorschriften. Ook zou een onderscheid gemaakt kunnen worden tussen voorrangsregels van andere EU-lidstaten en die van derde staten. Verder kan de verbondenheid tussen de verwijzingscategorie en de voorrangsregels een rol spelen. In het geval van contractenrecht is het waarschijnlijker dat mededingingsrecht een rol kan spelen dan bijvoorbeeld regels inzake milieubescherming. Als sprake is van een voorrangsregel van de tweede categorie, in welk geval het bestaan van de regel niet geacht kan worden bij de rechter bekend te zijn, zal de relevantie van deze regel moeten blijken uit het procesdossier. Dit betekent dat er in het processuele debat tussen partijen aanwijzingen te vinden moeten zijn die kunnen wijzen op een betrokken voorrangsregel van buitenlandse origine.

679 Cassatie: meer nadruk op rechtsbeschermingsfunctie

In cassatie is het vreemde recht tot op heden niet voor toetsing vatbaar. Slechts onder omstandigheden kan een motiveringsklacht worden aangevoerd tegen de toepassing van het vreemde recht door de lagere rechter, maar de Hoge Raad heeft deze mogelijkheid beperkt door daaraan de eis te stellen dat de Raad niet hoeft te treden in een beoordeling van de juistheid van de toepassing van vreemd recht. Vanuit het oogpunt van rechtshandhaving,rechtseenheid of rechtsontwikkeling is de cassatietoetsing niet noodzakelijk, omdat daarvoor de Nederlandse rechter het gezag mist dat de vreemde rechter wel heeft. Maar wanneer wordt gekeken vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van procespartijen, valt er op art. 79 RO het nodige aan te merken. Het verdient dan ook de voorkeur om een klacht over de toepassing van vreemd recht mogelijk te maken in het geval uitsluitend de rechtsbeschermingsfunctie van de cassatie aan de orde is. Het voorstel om in cassatie een 'conformiteitsvereiste'[25] toe te passen, verdient daarom ook steun. Wellicht kan de mogelijkheid om een dergelijke toets aan te leggen worden gecombineerd met een (verzwaarde) stel- en substantiëringsplicht van partijen in cassatie.

680 Kort geding

Het is wenselijk om in kort geding uit te gaan van de toepasselijkheid van de lex fori, tenzij een der partijen aangeeft bij de toepassing van vreemd recht belang te hebben en deze bereid is dit te onderbouwen. De spoedeisendheid van de zaak verlangt immers een vlotte afdoening. Het beginsel van accessoriteit tussen kort geding en

25 Peters, *IPR, Proces & Arbitrage* 2015, p. 209.

bodemprocedure strekt zich niet zonder meer uit tot de toepassing van vreemd recht. Het kort geding wordt immers gedenatureerd wanneer een al te uitvoerig naar vreemd recht moet plaatsvinden. De met het Savigniaanse conflictenrecht beoogde internationale beslissingsharmonie is niet sterk genoeg om een dergelijk gevolg te rechtvaardigen. Voorts beschikken partijen altijd over de mogelijkheid om alsnog een bodemprocedure aanhangig te maken en kan de rechter, wanneer althans bij de toekenning van de voorlopige voorziening twijfel bestaat of dit naar vreemd recht anders kan zijn, de werking van de voorziening mitigeren, bijvoorbeeld door een borgstelling of een beperking van de maatregel in de tijd.

681 *Iura novit curia:* een vooruitblik

Deze studie is gewijd aan het adagium *iura novit curia* en heeft daarbij in het bijzonder de aandacht gelegd op de functie die een dergelijk adagium kan vervullen bij de toepassing van buitenlands recht in het civiele geding. Hoewel dit adagium geen universele gelding heeft, en nog minder wanneer het om de positie van buitenlands recht gaat, zijn er bepaalde overeenkomsten tussen de verschillende rechtsstelsels aan te wijzen die nopen tot de conclusie dat sommige problemen weliswaar gelijk zijn, maar op een verschillende manier worden verholpen. De keuze voor de ene of de andere oplossing is geen keuze voor de ene waarde boven de andere, maar veelal ingegeven door de processuele context van het rechtsstelsel zelf. Wanneer men de ontwikkelingen in de loop der eeuwen bekijkt, valt op dat noties als *iura novit curia* zich hebben kunnen ontwikkelen als een fictie, omdat een andere fictie – (gewoonte)recht is te bewijzen als een feit – niet meer relevant of houdbaar bleken te zijn doordat de kennis van het recht inmiddels verder was ontwikkeld. Tegenwoordig, zo kan men stellen, heeft door de toegenomen, met name intra-Europese, mobiliteit het recht van vreemde staten de plaats van het lokale gewoonterecht, zoals dat in vroeger tijden bestond, ingenomen. Wanneer men in Europees verband zich inderdaad van een dergelijk adagium wil gaan bedienen, zal vooral de toegang tot de kennis van andere rechtsstelsels moeten worden verbeterd.[26] Alleen dan zal de fictie dat vreemd recht niet bekend is en dus als een feit bewezen moet worden, onder de invloed van *iura novit curia* verdwijnen. Tot die tijd zal men moeten accepteren dat vreemd recht de rechter uit de aard der zaak onbekend is, zodat alle middelen geoorloofd zijn om de kennis van de rechter te helpen verbeteren, zolang dit het wezen van het burgerlijk geding niet aantast. De openheid voor vreemd recht kent ook haar grenzen. Zolang moet *iura novit curia*, 'de rechter kent het recht', dus vooral als een opdracht en minder als een regel worden beschouwd.

26 Zo ook Remien, in: *Aufbruch nach Europa* 2001, p. 631; en eerder, in algemenere termen, Roger & Van Doorn, *ICLQ* 1997, p. 151-173, op p. 166.

SUMMARY

By virtue of rules of private international law, courts may sometimes be required to apply the law of another state, since the legal relationship at hand contains a foreign element. The application of such foreign law may be problematic. After all, a court may know its own law, but not necessarily the law of another state or territory. Even if the court does obtain information on that law, such information may prove to be insufficient or deficient, or it may only be obtained at a high cost. Foreign law can also be interpreted in a way which deviates from its original meaning, whilst there is not necessarily a higher court with the proper authority to 'correct' such erroneous findings in law. Therefore, the need to apply foreign law may give rise to a number of intricate legal issues of a procedural, substantive or private international law nature.

The problematic nature of foreign law entails that the maxim of *iura novit curia* ('the court knows the law'), though less controversial in purely domestic cases, takes on a different meaning in cross-border litigation. Legal systems have tried to cope with the problems caused by the applicability of foreign law via its procedural status: traditionally, a distinction is made between the so-called 'fact doctrine', according to which foreign is a mere fact to be pleaded and proved, and the 'law doctrine', according to which foreign law has a procedural status equal to that of the forum's own law and, accordingly, has to be applied *ex officio*. Thus, the responsibility for the proper application of foreign law is attributed to either the parties or the courts. However, the position of foreign law in civil proceedings continues to be problematic. In the past decade, a number of questions as to the application of foreign law have risen, implying that, despite the approach chosen, its status, position, and application is not unproblematic. Therefore, there is a need for a new study on this topic.

Chapter 1 sets out the problem statement, objectives and method of this study, which focuses on the status, position and application of foreign law in civil proceedings. The objectives of this research is to contribute to the position of foreign law in civil proceedings by critically assessing the situation in the law of the Netherlands and the approach taken at the international and supranational level. To that end, it attempts to provide an answer to the following questions:

– What is the role of the adage *iura novit curia* for the application of the law in cross-border cases, more in particular of foreign law, in the light of the interests involved?

– Is it necessary or desirable to strengthen the position of *iura novit curia* in international cases and which methods or techniques will be the most eligible for that purpose?

The study consists of a comparative element and an evaluative element. First, a comparative analysis is conducted of three selected legal systems: the Netherlands, Germany, and England and Wales. These legal systems are selected for multiple reasons. German and English law are selected since these two legal systems are generally seen as the opposing ends of the spectrum, foreign law being characterised as 'law' in Germany, whilst it is seen as 'fact' in England and Wales. Furthermore, macro-comparative law sees these systems as part of the 'Germanic family' and the 'common law family', respectively. The law of the Netherlands, on the other hand, is particularly chosen since Dutch law is often deemed to be on the same side of the spectrum as German law, a proposition which is challenged in this research. Moreover, Dutch civil procedural law is still seen as being a Romanist system from the viewpoint of macro-comparative law. Furthermore, it is selected since it is one of the aims of this study to reflect on the current Dutch situation.

The evaluative part of the research follows from the comparative element and consists of multiple parts. First, the evaluation addresses the requirements and principles of the various areas of law with which the problem is highly intertwined. This concerns EU law, civil procedural law (including the right to fair trial) and private international law. Secondly, the values mentioned will themselves be scrutinised in the light of the balances of the interests that lies at the core of the application of foreign. These concern the interest of litigants to a substantively correct decision within a reasonable time and respecting their autonomy and their views on the matter; the interests of third parties or public interests, which should not be disregarded to an unnecessary extent; and, finally, the interests of the state to have an effective and efficient regulation of civil procedures. Thirdly, a number of existing initiatives to strengthen the application of foreign law and the adage *iura novit curia* will be examined with the preceding values in mind.

Chapters 2, 3, and 4, analyse the specific rules on the status, ascertainment and application of foreign laws in the selected legal systems. This analysis focuses on six elements in particular. First, it looks into the approach taken by a court to its own law in domestic cases. Secondly, the procedural status of conflicts and foreign law is addressed. This comprises the division of tasks between the court and the parties as to the applicability of foreign law, the establishments of foreign elements, the application of foreign law itself and of foreign overriding mandatory rules. Thirdly, the complications in the process of application are analysed, i.e., the means of acquiring information, the failure to establish the content of foreign law and its consequences, and the interpretation of foreign law. Fourth, the issue of judicial review of foreign law is addressed. Fifth, the application of law in arbitration is examined, followed by its application by non-judicial authorities.

The Netherlands (Chapter 2) adheres to the maxim *iura novit curia*. This is reflected in Article 25 of the Code of Civil Procedure (*Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering*) and Article 10:2 of the Civil Code (*Burgerlijk Wetboek*). Although

the Dutch courts are required to apply foreign law *ex officio*, the law does not give instructions as to how the courts should ascertain the contents of foreign law, nor what the consequences of an unsuccessful attempt at obtaining such information should be. Therefore, Dutch courts have a high degree of freedom to choose the appropriate means of ascertainment. On appeal, there are some procedural rules which may restrict the court's duty to apply foreign law *ex officio*. In cassation, the application of foreign law by lower courts cannot be reviewed as such, though a deficiency in giving reasons for the judgment may serve as a basis for review. In summary proceedings (*kort geding*) or default proceedings (*verstek*) courts are in principle still obliged to apply foreign law of their own motion. In arbitration, there is not an explicit adherence to the maxim, yet it may be part of the arbitrators mandate to arbitrate with regards to the applicable rules of law. In case of *ultra petita* or *extra petita* awards or public policy violations, an award may be set aside or, if it is a foreign award, courts may refuse therecognition thereof; erroneous application of the law is not a ground for such recourse. Extra-judicial authorities as the civil-law notary (*notaris*) or the civil registry officer (*ambtenaar van de burgerlijke stand*) do not have an explicit duty to apply foreign law, though it is contended that this follows from Article 10:2 of the Civil Code.

Germany (Chapter 3) also sees the maxim *iura novit curia* as a leading principle of civil procedure. German law does not *stricto sensu* require the courts to apply foreign law of their own motion, but this follows from § 293 of the Civil Procedural Ordnance (*Zivilprozessordnung*), which provision gives instructions to courts as to how to cope with the matter of foreign law. Also, extensive case law and legal literature have set the standards for ascertaining the content of foreign law. The courts have a preference for court-appointed experts (*Sachverständigen*) from specialised institutions of comparative law. On appeal, there may be some procedural restrictions. Before the highest courts, judicial review of foreign law of foreign law is not possible, with the exception of the Federal Labour Court (*Bundesarbeitsgericht*). In summary and default proceedings (*Eilverfahren* or *Säumnisverfahren*, respectively) the obligation of *ex officio* application of foreign law still exists. In arbitration, the *iura novit curia* maxim is implied, though not codified. Review of arbitral awards is also limited in this respect to, inter alia, *ultra petita* awards or violations of public policy, but not the erroneous application of ('foreign') law. For extra-judicial authorities there is not an express duty, though there are rules for notaries (*Notar*) for coping with international cases.

The law of England and Wales (Chapter 4) adheres to the fact doctrine; the notion of *iura novit curia* has not developed as such. Instead, the idea of judicial notice stipulates the role of the court when it comes to knowledge not requiring proof. Foreign law is proved at trial via party-instructed experts. There is an extensive case law on the distribution of the onus of proof and the requirements for the experts. In case of lack of proof, the presumption applies that foreign law is the same as English law. In special proceedings as the procedure for a summary judgment (lacking a trial), proving foreign law may be inappropriate, whilst for default proceedings there seems to be no particular rule. In arbitration, it is presumed that the parties will need to prove foreign law; a particular feature is that a substantive judicial review of an erroneous application of English law is possible if certain conditions are met. Being

ambiguous as to the notion of 'extra-judicial authorities', English law does not seem to have a clear rule on the proof of foreign law in this respect.

The European dimension of the topic of the *ex officio* application of the law is addressed in Chapter 5. This Chapter consists of two parts. The first part pays attention to the influence of European human rights law, such as the European Convention of Human Rights (ECHR) and, though to a lesser extent, the EU Charter on Fundamental Rights. Especially Article 6 of the ECHR may have a profound effect on the problem of foreign law, since this provision safeguards the right to a fair trial. The right to judgment within a reasonable time and the right to be heard, for instance, might be seriously impeded by the application of foreign law, since the ascertainment of its contents may require a proper amount of time, resources and effort. Furthermore, a court's independence and impartiality may be jeopardised if it is highly depending on expert testimony due to an imbalance in the level of knowledge regarding the applicable law.

The second part of Chapter 5 concerns the primacy of European Union law and its influence on national procedural law (principle of procedural autonomy). The principle of procedural autonomy entails that member states are autonomous as to their respective procedural laws. EU law operates via the channel of national procedural law. This autonomy is, however, limited by two main principles, that is, the principle of equivalence, stipulating that EU law should be treated in a fashion equal to domestic law, and the principle of effectiveness, stipulating that national law should not render the exercise of rights based on EU law virtually impossible or excessively difficult. With the rise of the policy objective of consumer protection in the case law of the Court of Justice of the EU (CJEU) the effectiveness principle has gained momentum as an exception to the aforesaid autonomy. This Chapter examines whether these requirements may have implications for the application of EU private international law or the foreign law it has designated. It is concluded that the procedural status of these rules and of the foreign law that they designate will not jeopardize the effectiveness of EU private international law

Chapter 6 contains a comparative synthesis. This Chapter consists of three parts. The first parts analyses the differences and similarities between the selected jurisdictions. It is contended that, though the Netherlands and Germany are mostly seen as similar when it comes to the approach taken to foreign law, there are still differences between these system. On the other hand, English law with its rather factual approach to foreign law seems to differ most from the other systems. However, the conclusion is that these legal systems eventually differ less that it may seem at first sight, since every system mitigates its own initial premises, making the differences less consequential in the end. As such, it does not seem to be a strict principle, but rather the initial attribution of responsibilities to either the courts or the parties.

The second part of this Chapter examines the possible explanations for the differences and similarities which were described in the first part. It is argued that most prevailing theories for the different approaches to foreign law were inconclusive in providing an explanation. The fact-law distinction is unfit for this purpose,

since it is based on logical fallacies. The private international law methodology underpinning the rules designating foreign law as applicable is equally inconclusive as such, for there are some anachronisms in the explanation of both the 'fact doctrine' in England and Wales and the 'law doctrine' or '*iura novit curia* approach' in the Netherlands and Germany. Finally, the theory of procedural law and the roles and education of practitioners in civil procedure does not suffice either, though it does shed light on some particularities of the selected legal systems. It is conceded, though, that the most conclusive theory for explaining the differences between the legal systems is the historical development of legal sources.

The third part of Chapter 6 evaluates the different positions of Dutch, German and English law in the light of the principles of private international law, civil procedural law and EU law. This evaluation is carried out by looking into the several aspects of the problem as used in the comparative analysis, that is, the procedural status of choice-of-law rules, the establishment of the foreign elements indicating the applicability of foreign law, the issues of the application and ascertainment of foreign law, the lack of 'proof' of this law, judicial review, the status of overriding mandatory rules, and the position of foreign law in summary or default proceedings, in arbitration and in a non-judicial setting. This part assesses whether these aspects are in conformity with the principles of said areas of law, and to what extent these are consistent with each other.

After the comparative part, Chapter 7 examines the connection between the findings in the previous Chapters and the maxim of *iura novit curia*. It explores the adequacy of this maxim in the context of foreign law. To that end, it discerns four elements of this maxim in its relation to foreign law: the nature of foreign law (*iura*), the knowledge thereof (*novit*), the specific procedural context of its application by courts compared to the non-judicial and arbitral context (*curia*) and the international element, which is tantamount to the influence that private international law itself may have on the application of foreign law. A new characterisation of foreign is proffered in Chapter 7, which does away with the fallacious 'fact-law dichotomy'. Instead, the approach taken is to compare foreign law with norms systems with which it resembles a strong similarity, such as customary law and so-called *statuta*, or private norms of self-regulation. It is contended that the focus of any new 'theory' of foreign law should be on the potential knowledge to be imputed on the court. Bearing this in mind, a distinction is made between 'heterogenous' law (imposed by the state) or 'endogenous' law (internalised by the judge) on the one hand, and 'autonomous' law (existing regardless of the legislative authority of the adjudicating state) or 'exogeneous' law (external to the judge required knowledge level) on the other. Foreign law falls with the latter category (autonomous or exogenous law).

It is indicated that the maxim *iura novit curia* takes on a different meaning in the context of foreign law, and that the problem of foreign law is twofold: it consists of a knowledge problem and of an authority problem. The knowledge problem entails that the court may not properly know or sufficiently ascertain the contents of foreign law. The authority problem indicates that the courts may not be able to use their interpretative powers, which are inherently intertwined with the constitutional relations within the state, to construe or develop foreign law. It is therefore useful to

maintain a realistic image of the required knowledge of the court and to enhance means to improve this informational and authoritative issue before setting standards for *ex officio* application of foreign law. The aims and methodology of private international law do not suffice as such to justify such obligation of *ex officio* application.

Chapter 8 analyses the ways in which the essence of the adage *iura novit curia*, the *de facto* application of the law in international civil proceedings, can be fulfilled. In short, the conclusions are that mere unification of the procedural status of foreign law on the international or supranational level will sort little effect. Such an approach will fall short, since it is primarily based on the *status* of foreign law without regarding the eventual *application* of that law on the merits of the case. The overall paradigm for a proper approach should be holistic; not a one single means of improving the access to the content of foreign law can be effective of itself. A combination of multiple approaches, aiming at different phases in the process of ascertainment and at different actors in the process, may be more effective and legitimate for strengthening the application of the law in cross-border settings. To that end, Chapter 8 evaluates a number of proposed initiatives in the light of the insights acquired in the previous Chapters.

Chapter 9 contains a set of recommendations. The first part looks into the desirability of an inter- or supranational regulation of foreign law. It is not recommended to enact an international or supranational instrument harmonising the procedural status of foreign law in civil proceedings, such as a proposed "Rome 0 Regulation". Instead the focus is put on enhancing the access to the content of foreign law, for specific actors in the field (courts, parties) in specific phases of the ascertainment process (primary sources, interpretative issues). An approach consisting of several initiatives tailored to specific circumstances, including administrative cooperation (enhancing the system of the London Convention on Information on Foreign Law of 1968) or judicial cooperation (instigation of a system of 'intra-European' preliminary ruling), is the recommended model.

The second part of Chapter 9 advances some recommendations for the position of foreign law in the Netherlands. The current position of Article 10:2 of the Dutch Civil Code and the judicial review of foreign law by the highest court is discussed and adjustments are proposed that should streamline the proper application of foreign law in civil proceedings.

A final epilogue in Chapter 10 summarises and synergises the insights, conclusions and recommendations of the previous chapters and provides a tentative prospect of the essence and function that *iura novit curia*, as an adage, may have in the coming years.

LITERATUURLIJST

M.S. Abdel Wahab, 'Iura Novit Arbiter in International Commercial Arbitration: the Known Unknown', in: M.A. Raouf, Ph. Leboulanger & N.G. Ziadé (red.), *Festschrift Ahmed Sadek el-Kosheri: from the Arab World to the Globalization of International Law and Arbitration*, Den Haag: Wolters Kluwer International, p. 3-25

M. Aden, 'Revisibilität des kollisionsrechtlich berufenen Rechts', *RIW* 2009, afl. 7, p. 475-477

C.P. Alberti, 'Chapter 1. Iura Novit Curia in International Commercial Arbitration. How much justice do you want?', in: S. Kröll e.a. (red.), *International Arbitration and International Commercial Law: Syngery, Convergence and Evolution. Liber Amicorum Eric Bergsten*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2011, p. 3-32

F. Amtenbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom juridisch 2017

A.G.F. Ancery, *Ambtshalve toepassing van EU-recht* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2012

N.H. Andrews, 'The Passive Court and Legal Argument', *CJQ* 1988, afl. 7, p. 125-140

N.H. Andrews, *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*, Oxford: OUP 2003

N.H. Andrews, *Andrews on Civil Processes*, Cambridge: Intersentia 2013

T.M.C. Asser, *Schets van het internationaal privaatregt*, Haarlem: Erven Bohn 1880

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2003

W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken (m.m.v. I.N. Tzankova), *Uitgebalanceerd. Eindrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: BJu 2006

C. Azcárraga Monzonis, 'The Urgent Need for Harmonisation of the Application of Foreign Laws by National Authorities in Europe', *IJPL* 2013, afl. 1, p. 104-125

N.A. Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011

I. Bach & U.P. Gruber, 'Austria and Germany', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 101-117

K. Bacher, 'ZPO', in: V. Vorwerk & Ch. Wolf, *Beck'scher Online-Kommentar ZPO*, München: Beck 2017

Ch. von Bar & P. Mankowski, *Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren*, München: C.H. Beck 2003

S. Bariatti en E. Pataut, 'Codification et théorie générale du droit international privé', in: M. Fallon, P. Lagarde & S. Poillot-Peruzzetto (red.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Brussels: Peter Lang 2011, p. 337-361

L.I. Barmat (later L.I. De Winter), *De regel "locus regit actum" in het internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Amsterdam: De Bussy 1936

J. Basedow, 'Kodifizierung des europäischen internationalen Privatrechts?', *RabelsZ* 2011, afl. 3, p. 671-676

J. Basedow, 'The Communitarization of the Conflict of Laws under the Treaty of Amsterdam', *CMLR* 2000, afl.3, p. 687-708

L.G. Baxter, 'Civil Litigation and Jura Novit Curia', *SALJ* 1979, p. 531-540

F.C. Bentvelzen, '*Zelfregulering* curia novit? Over omgang met private regelgeving in Nederlandse civiele overheidsrechtspraak', *RM Themis* 2016, afl. 5, p. 227-236

R.J. Blauwhoff & J.M.J. Keltjens, 'Rechtsvinding van buitenlands recht: wat wordt er van de rechter verwacht? Hoe een advies van het Internationaal Juridisch Instituut anno 2014 behulpzaam kan zijn', *TREMA* 2014, afl. 1, p. 19-24

M. Kay e.a., *Blackstone's Civil Practice*, Oxford: OUP 2015

M. Bobek, 'Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States", in: B. de Witte & H. Micklitz (red.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 305-323

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2011

K.-H. Böckstiegel, 'Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren', in: O. Sandrock e.a. (red.), *Festschrift für Günther Beitzke zum 70. Geburtstag am 26. April 1979*, Berlijn/New York: De Gruyter 1979, p. 443-458

K. Boele-Woelki, 'De toepassing van een surrogaatrecht', in: G.E. Schmidt & J.A. Freedberg-Schwartzburg (red.), *Het NIPR geannoteerd. Annotaties opgedragen aan Dr. Mathilde Sumampouw*, Den Haag: T.M.C. Asser Instituut 1996, p. 3-12

Th.M. de Boer, 'Buitenlands recht onder de loupe. Problemen rond de toepassing van vreemd recht', in: Th.M. Bervoets e.a. (red.), *Hoe vreemd is buitenlands recht? Opstellen over de positie van buitenlands recht in het burgerlijk proces. Symposion gehouden op 11 mei 1979*, Deventer: Kluwer 1979, p. 9-37

Th.M. de Boer, 'Feit en fictie in het internationaal procesrecht', in: D. Beukenhorst e.a. (red.), *Offerhauskring vijfentwintig jaar. Feestbundel ter gelegenheid van het vijfentwintigjarig bestaan van de Studiekring Prof.Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer: Kluwer 1987, p. 23-39

Th.M. de Boer, 'Facultative Choice of Law', *RCADI* 1996, p. 223-427

Th.M. de Boer, 'De fictie van een neutraal conflictenrecht', in: Kotting, J.A. Pontier, & L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori. Symposium gehouden op vrijdag 26 september 2003 ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. Th.M. de Boer als hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Universiteit van Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2004, p. 37-57

M. Bogdan, 'Private International Law as Component of the Law of the Forum. General Course on Private International Law', *RCADI* 2011, p. 9-252

R. van Bovenal Faure, *Het Nederlandsche burgerlijk procesrecht* (deel 1), Leiden: Brill 1893

S. van Brakel, *Grondslagen en Beginselen van Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1953

J. Brauksiepe, *Die Anwendung ausländischen Rechts im Zivilprozeß* (diss. Bonn), (ongepubliceerd) 1965

A. Briggs, *The Conflict of Laws*, Oxford: OUP 2019

V. van den Brink, 'Stellen, betwisten, bewijzen – een handleiding', *PP* 2008, afl. 4, p. 89-100

D. Brooker, *Va Savoir! The Adague "iura novit curia" in Contemporary France* (8 *Bepress* Legal Series Working Paper, no. 845), law.bepress.com/expresso/eps/845/

B. Centner, *Iura novit curia in internationalen Schiedsverfahren*, Tübingen: Mohr Siebeck 2019

J.M.J. Chorus, *De lijdelijkheid van de rechter. Historie van een begrip* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 1987.

P. Craig & G. De Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2011

E.B. Crawford & J.M. Carruthers, 'United Kingdom', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *The Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 391-409

R.W.J. Crommelin, *Het aanvullen van de rechtsgronden. De betekenis van art. 8:69 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007

C. David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, Parijs: Dalloz 1965

F. De Ly, 'De Nederlandse advocaat en internationale arbitrage: welk materieel recht?', *TvA* 1997, p. 81-85

F.J.M. De Ly, 'Internationale arbitrage, *TvA* 2007, p. 125-129.

F.J.M. De Ly, *Lex mercatoria. Inleiding op de studie van het transnationaal handelsrecht* (diss. Gent), Antwerpen: Maklu 1989

F. De Ly, M.W. Friedman & L.G. Radicati di Brozolo, 'International Law Association International Commercial Arbitration Committee's Report and Recommendations on "Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration"', *Arbitration International* 2010, afl. 1, p. 193-220

R. van Delden, *Internationale handelsarbitrage. Serie Praktijkreeks IPR. No. 21*, Deventer: Kluwer 1996

L.A. Collins & A. Briggs, *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*, Londen: Sweet & Maxwell Thomson Reuters 2012

A. Dickinson, *The Rome II Regulation: The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford: OUP 2008

P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn en L. Zwaak, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen: Intersentia 2006

H. Duintjer Tebbens, 'New Impulses for the Ascertainment of Foreign Law in Civil Proceedings: A question of (inter)networking?', in: K. Boele-Woelki e.a. (red.), *Convergence and Divergence in Private International Law*. Zürich: Schulthess/Den Haag: Eleven International Publishing 2010, p. 635-652

A.E. Emilianides, 'Cyprus', in: C. Esplugues e.a. (red.), *The Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 161-172

C. Esplugues e.a. (red.), *The Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011

Explanatory Report on the European Convention on Information on Foreign Law, Straatsburg: Raad van Europa 1968

L. Fastrich, 'Revisibilität der Ermittlung ausländischen Rechts', *ZZP* 1984, afl. 4, p. 423-445

R. Fentiman, *Foreign Law in English Courts. Pleading, Proof and Choice of Law*, Oxford: OUP 1998

A. Flessner, 'Das Parteiinteresse an der lex fori nach europäischem Kollisionsrecht', in: A.-L. Verbeke e.a. (red.), *Confronting the Frontiers of Family and Succession Law*, Cambrigde/Antwerp/Portland 2012, p. 593-606

A. Flessner, 'Das ausländische Recht im Zivilprozess – die europäischen Anforderungen', in: G. Reichelt (red.), *30 Jahre österreichisches IPR-Gesetz – Europäische Perspektiven. Ludwig Boltzmann Institut für Europarecht. Band 19*, Wenen: Manz 2009, p. 35-47

A. Flessner, 'Diskriminierung von grenzübergreifenden Rechtsverhältnissen im europäischen Zivilprozess', *ZEuP* 2006, afl. 4, p. 737-741

A. Flessner, *Interessenjurisprudenz im IPR*, Tübingen: Beck 1991

A. Flessner, 'Fakultatives Kollisionsrecht', *RabelsZ* 1970, p. 547-584

H. Feurer, 'Statuta novit curia? Zur Auslegung der » Statuten« in § 293 ZPO', *ZZP* 2010, afl. 4, p. 427-437

M. Fornasier, 'Auf dem Weg zu einem europäischen Justizraum – Der Beitrag des Europäischen Justiziellen Netzes für Zivil- und Handelssachen, *ZEuP* 2010, p. 477-496

E.N. Frohn, 'Toepassing van buitenlands recht door de Nederlandse jurist', in: P. Vlas e.a. (red.), *Globalisering van het IPR in de 21e eeuw*, Deventer: Kluwer 1999, p. 75-86

B.A. Garner (red.), *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minnesota (VS): West (Thomson) 2004

GEDIP, *Compte rendu des séances de travail, Vingt-deuxième reunion*, Den Haag, 14-16 september 2012, Annex II, 'The Treatment of Foreign Law – Note for the GEDIP Meeting 2012 at The Hague', paragraaf C (http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-22.htm, onder 'Annexe II'. Geraadpleegd op 29 juni 2020)

S. Geeroms, *Foreign Law in Civil Litigation*, Oxford: OUP 2004

J. Gerards, *EVRM. Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011

I. Giesen, 'De omgang met en handhaving van "meervoudigheid van maatschappelijke normstelsels": een analyse van recente rechtspraak', *WPNR* 2008, afl. 6772, p. 785-792

I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogeijke invoering in het strafrecht*, Utrecht, juni 2016 (geraadpleegd op 29 juni 2020 via www.wodc.nl)

I. Giesen *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2016

J. Gilissen, *Historische inleiding tot het recht. Deel II. De bronnen van het recht in de Belgische gewesten sedert de dertiende eeuw*, Antwerpen: Kluwer rechtswetenschappen 1989

T. Giovannini, 'International Arbitration and *Jura Novit Curia*', in: M.Á. Fernández-Ballesteros & D. Arias (red.), *Liber Amicorum Bernardo Cremades*, Madrid: La Ley 2010, p. 495-509

W. Goldschmidt, 'Die Philosophischen Grundlagen des Internationalen Privatrechts', in: E. von Caemmerer e.a. (red.), *Festschrift für Martin Wolff. Beiträge zum Zivilrecht und internationalen Privatrecht*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1952, p. 203-223

N.Th. Gönner, *Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Erster Band*. Erlangen: J.J. Palm 1804

B. Groen & E. Korthals Altes, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

U. P. Gruber, 'Trautmann, Clemens: Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren. (Zugl. Hamburg, Univ., Diss., 2009/10) – (Tübingen:) Mohr Siebeck 2011. XXVII, 483 S. (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht. 263) (boekbespreking)', *RabelsZ* 2013, p. 406-413

I. Hanefeld, 'Germany', in: F.-B. Weigand (red.), *Practitioner's Handbook on International Commercial Arbitration*, Oxford: OUP 2009, p. 475-542

D. Harris, O'Boyle & Warbrick. *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2014

O. Hartenstein, *Die Privatautonomie im Internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungseinklangs. Neueste Entwicklungen in Frankreich, Deutschland und Italien* (diss. Kiel), Tübingen: Mohr Siebeck 2000

A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2007

A.S. Hartkamp, 'Reactie op "ambtshalve aanvullen van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt" van prof.mr. H.J. Snijders in WPNR (2008) 6761', *WPNR* 2008, afl. 6779, p. 977-981

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011

T.C. Hartley, 'Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European System Compared', *ICLQ* 1996, afl. 2, p. 271-292

W. Hau, 'Ein Rückzugsgefecht des BGH gegen Revisibilität ausländischen Rechts', *IPRax* 2014, afl. 5, p. 397-400

R. Hausmann, 'Anwendbares Recht vor deutschen und italienischen Schiedsgerichten: Bindung an die Rom I-Verordnung oder Sonderkollisionsrecht?', in: H. Kronke en K. Thorn (red.), *Grenzen überwinden,Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag am 28. Dezember 2011*, Bielefeld: Giesekin 2011, p. 971-986

P. Hay, 'The United States: The Use and Determination of Foreign Law in Civil Litigation in the United States', in: Y. Nishitani (red.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, Cham: Springer 2017, p. 397-427

M. Hazelhorst, *Free Movement of Civil Judgments in the European Union and the Right to a Fair Trial* (diss. Rotterdam), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016

F.J. Heidinger en J. Hof, 'Pleading and Proving Foreign Law – From a European Perspective', *SchiedsVZ* 2008, p. 174-179

Hein, von, MüKo BGB, Band 10, Einleitung IPR, 2015

B. von Hoffmann & K. Thorn, *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundzüge des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, München: Verlag C.H. Beck 2007

Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, 2015

R. Hübner, *Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten. Grundlagen und europäische Perspektiven der Ermittlung ausländischen Rechts im gerichtlichen Verfahren* (diss. Heidelberg), Tübingen: Mohr Siebeck 2014

W. Hugenholtz & W.H. Heemskerk/W. Heemskerk (bew.), *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Dordrecht: Convoy 2015

M. Illmer, 'Neutrality matters – some thoughts about the Rome Regulations and the so-called dichotomy of substance and procedure in European private international law', 28 *CJQ* 2009, afl. 2, p. 237-260

ISDC, *The Application of Foreign Law in Civil Matters in the EU Member States and its Perspectives for the Future. JLS/2009/JCIV/PR/0005/E4*, *Part I – Legal Analysis, Part II – Empirical Analysis, and Part III - Recommendations (*rapport 09-184, 11 juli 2011, herzien op 30 juli 2011) (oorspronkelijk te vinden via < http://ec.europa.eu/justice/civil/document/index_en.htm >). Ook te vinden via: https://www.econbiz.de/Record/the-application-foreign-law-civil-matters-the-member-states-and-its-perspectives-for-the-future-jls-2009-jciv-0005-part-legal-analysis/10010533539 (geraadpleegd 29 juni 2020)

T. Isele, 'The principle iura novit curia in international commercial arbitration', *Int. A.L.R.* 2010, afl. 1, p. 14-26

J.I.H. Jacob, *The Fabric of English Civil Justice*, Londen: Stevens & Son 1987

C.J.H. Jansen, *Geleerd recht. Een geschiedenis van de Europese rechtswetenschap in vogelvlucht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018

H.U. Jessurun d'Oliveira, , in: G.E. Schmidt & J.A. Freedberg-Schwartzburg (red.), *Het NIPR Geannoteerd. Annotaties opgedragen aan Dr Mathilde Sumampouw*, 's-Gravenhage: T.M.C. Asser Instituut 1996, p. 13-19

H.U. Jessurun d'Oliveira, *De antikiesregel. Enkele aspecten van de processuele behandeling van buitenlands recht* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1971

H.U. Jessurun d'Oliveira, *De ruïne van een paradigma: de konfliktregel* (oratie Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1976

H.U. Jessurun d'Oliveira, 'The non-selection rule and procedural treatment of foreign law: some observations', *RHDI* 2008, p. 499-520

D. Josephus Jitta, *Internationaal privaatrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink & zn. 1916

J.A. Jolowicz, 'Da mihi facta dabo tibi jus: A problem of demarcation in English and French law', in: P. Feuerstein & C. Parry (red.), *Multum non multa. Festschrift für Kurt Lipstein aus Anlass seines 70. Geburtstag*, Heidelberg/Karlsruhe: C.F. Müller Juristischer Verlag 1980, p. 79-99

C.M. Kakouris, 'Do the Member States Possess Judicial Procedural "Autonomy"?', *CMLR* 1997, p. 1389-1412

M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht. Rechtsgeschichte des Altertums im Rahmen des Handbuchs der Altertumswissenschaft. Dritter Teil. Vierter Band*, München: Beck 1966

G. Kaufmann-Kohler, 'The Governing Law: Fact or Law? – A Transnational Rule on Establishing its Content', in: M. Wirth (red.), *Best Practices in International Arbitration. ASA Special Series. No. 26*, Basel: Association suisse de l'arbitrage 2006, p. 79-85

G. Kaufmann-Kohler, 'The Arbitrator and the Law: Does he/she Know it? Apply it? How?', in: M. Wirth (red.), *Best Practices in International Arbitration. ASA Special Series. No. 26*, Basel: Association suisse de l'arbitrage 2005, p. 87-96

G. Kegel, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, München: Beck 1985

G. Kegel & K. Schurig, *Internationales Privatrecht. Ein Studienbuch*, München: Beck 2004

T.P. Kennedy, 'Ireland', in: C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *The Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 231-235

E.-M. Kieninger, 'Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts', in: S. Leible & H. Unberath (red.), *Brauchen wir ein Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2013, p. 479-501

E.-M. Kieninger, 'Ascertaining and Applying Foreign Law', in: S. Leible (red.), *General Principles of European Private International Law. European Monographs Series. Volume 95*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2016, p. 357-373

L.R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011

J. Kindl, 'Ausländisches Recht vor deutschen Gerichten', *ZZP* 1998, afl. 2, p. 177-203

P. Kinsch, 'Enforcement as a fundamental right', *NIPR* 2014, afl. 4, p. 540-544

J. Klabbers, Verdragenrecht', in: Horbach, Lefeber & Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: T.M.C. Asser Institut 2007, p. 123- 157

D. Koerner, *Fakultatives Kollisionsrecht in Frankreich und Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck 1995

D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988

Korthals Altes, *Losbl. Rv*, Elfde Titel. Van het rechtsgeding in cassatie, aant. 5 (art. 99 RO)

J. Kosters, *Het internationaal burgerlijk recht in Nederland*, Haarlem: Erven Bohn 1917

J. Kosters & C.W. Dubbink, *Algemeen deel van het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Haarlem: Erven Bohn 1962

X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2001

K. Kreuzer, 'Einheitsrecht als Ersatzrecht. Zur Frage der Nichtermittelbarkeit fremden Rechts', *NJW* 1983, p. 1943-1948

K.F. Kreuzer, 'Was gehört in den Allgemeinen Teil eines Europäischen Kollisionsrechtes?', in: B. Jud, W.H. Rechberger & G. Reichelt (red.), *Kollisionsrecht in der*

Europäischen Union. Neue Fragen des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechtes, Wenen: Jan Sramek Verlag 2008, p. 1-62

S.M. Kröll, 'Part II: Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter VIII: Recognition and Enforcement of Awards, § 1061 – Foreign Awards', in: K.-H. Böckstiegel, S.M. Kröll & P. Nacimiento (red.), *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2015, p. 443-504

J. Kropholler, *Internationales Privatrecht einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2006

U. Kühne, *Amicus Curiae*, Tübingen: Mohr Siebeck 2015

M.S. Kurkela, '*Jura novit curia* and the Burden of Education in International Arbitration – A Nordic Perspective', *ASA Bulletin* 2003, afl. 3, p. 486-500

U. Küster, *Die Ermittlung ausländischen Rechts im deutschen Zivilprozeß und ihre Kostenfolgen: eine rechtsvergleichende Untersuchung* (diss. Hannover), (ongepubliceerd), 1995

S. Lalani, 'Ascertaining Foreign Law: Problems of Access and Interpretation', *IJSL* 2017, p. 51-66

S. Lalani, 'Establishing the Content of Foreign Law: a Comparative Study', *MJ* 2013, afl. 1, p. 75-112

S. Lalani, *Doubt Develops Where Certainty Ceases: Foreign Law in Domestic Courts* (diss. Lausanne), Lausanne: UNIL 2012

S. Lalani, 'A Proposed Model to Facilitate Access to Foreign Law', *YPIL* 2011, p. 299-313

O. Lando, 'Lex Fori in Proprio Foro', *MJ* 1995, p. 359-375

S. Leible (red.), *General Principles of European Private International Law. European Monograph Series 95*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2016

S. Leible & Müller, 'The Idea of a "Rome 0 Regulation"', *YPIL* 2012-2013, p. 137 e.v.

S. Leible & H. Unberath (red.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung? Überlegungen zu einem Allgemeinen Teil des europäischen IPR*, Jena: Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft 2013

W.L.G. Lemaire, *Nederlands Internationaal Privaatrecht (Hoofdlijnen)*, Leiden: Sijthoff 1968

K. Lerch, 'Inhalt und Grenzen der Belehrungspflichten durch den Notar unter besonderer Berücksichtigung der haftungsrechtlichen Konsequenzen', *BWNotZ* 1997, p. 53-62

J.D.M. Lew, 'Proof of Applicable Law in International Commercial Litigation', in: K.P. Berger e.a. (red.), *Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag*, Heidelberg: Verlag Recht und Wirtschaft 2000, p. 581-601

J.D.M. Lew, '*Iura Novit Curia* and Due Process', in: L. Levy & Y. Derains (red.), *Liber Amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, Parijs: Pedone 2011, p. 397-417

W. Litzenburger, 'BeurkG (Auszug)', in: H.G. Bamberger e.a. (red.), *Beck'scher Online-Kommentar*, München: Beck 2017

S. Loizou, 'Revisiting the "Content-of-Laws" Enquiry in International Arbitration', *Louisiana Law Review* 2018, afl. 3, p. 811-875

J.H.A. Lokin & W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014

J.H.A. van Loon, 'De wisselwerking tussen internationaal privaatrecht en rechten van de mens', in: […], *Grensoverschrijdend privaatrecht. Bundel opstellen over privaatrecht in internationaal verband. Aangeboden aan Mr. J. van Rijn van Alkemade bij gelegenheid van zijn afscheid als raadsadviseur bij het Ministerie van Justitie*, Deventer: Kluwer 1993, p. 135-148

C.J. Loonstra, 'Van autonoom tot heteronoom sociaal recht', *Beleid & maatschappij* 1989, afl. 3, p. 145-154

S. Lorenz, 'EGBGB. Einleitung IPR', in: H.G. Bamberger e.a. (red.), *Beck'scher Online-Kommentar*, München: Beck 2017

Th. Lundmark, *Charting the Divide Between Common Law and Civil Law*, Oxford: OUP 2012, p. 163

F.A. Mann, 'Fusion of the Legal Professions?', *LQR* 1977, p. 367-377

P. Mayer, 'Le juge et la loi étrangère. Points de similitude du droit français avec le droit suisse', *RSDIE* 1991, afl. 4, p. 481-499

G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2011

G.J. Meijer & M.R.P. Paulsson, 'National Report for the Netherlands', J. Paulsson & L. Bosman (red.), *ICCA International Handbook on Commercial Arbitration*, : Kluwer Law International 1984 (suppl. No. 71, oktober 2012) p. 47 e.v.

J.C.H. Melis/B.C.M. Waaijer, *De Notariswet*, Deventer:Wolters Kluwer 2019

R. Michaels, 'The New European Choice-of-Law Revolution', *Tul. L. Rev.* 2008, afl. 5, p. 1607-1644

R. Michaels, 'EU Law as Private International Law? Reconceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory', *JPIL* 2006, afl. 2, p. 195-242

A.I.M. van Mierlo & J.H. van Dam-Lely, *Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg* (Serie BP&P. Deel 1), Deventer: Kluwer 2011

A.R. Miller, 'Federal Rule 44.1 and the "Fact" Approach to Determining Foreign Law: Death Knell for a Die-Hard Doctrine', *Mich. L. Rev.* 1967, p. 613-750

G. Moss, I.F. Fletcher & S. Isaacs (red.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford: OUP 2009

P.M.M. Mostermans, 'Bedenkingen tegen een facultatief conflictenrecht', in: R. Kotting, J.A. Pontier, & L. Strikwerda (red.), *Voorkeur voor de lex fori. Symposium gehouden op vrijdag 26 september 2003 ter gelegenheid van het afscheid van Prof. mr. Th.M. de Boer als hoogleraar internationaal privaatrecht en privaatrechtelijke rechtsvergelijking aan de Universiteit van Amsterdam*, Deventer: Kluwer 2004, p. 37-57

P.M.M. Mostermans, 'Optional (Facultative) Choice of Law? Reflections From a Dutch Perspective', *NILR* 2004, afl. 3, p. 393-410

P.M.M. Mostermans, *De processuele behandeling van het conflictenrecht* (diss. Amsterdam UvA), 1996

P.M.M. Mostermans, 'Enkele procesrechtelijke vragen bij toepassing van art. 1 WCE', *FJR* 1992, afl. 7, p. 156-160

A.C.J. Mulder, *Inleiding tot het Nederlandsch Internationaal Privaatrecht*, Arnhem: Gouda Quint – D. Brouwer en Zoon 1947

T. Nehne, *Methodik und allgemeine Lehren des europäischen Internationalen Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012

L. Neville Brown & F.G. Jacobs, *The Court of Justice of the European Communities*, Londen: Sweet & Maxwell 2000

Y. Nishitani (red.), *Treatment of Foreign Law: Dynamics towards Convergence? Ius Comparatum – Global Studies in Comparative Law. 26*, Cham: Springer 2017

R. Nober & N. Ghassemi-Tabar, 'Die Hinweispflicht im Zivilprozess. Eine nicht zu unterschätzende praktische Herausforderung aus Richter- und Anwaltssicht', *NJW* 2017, p. 3265-3270

K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München: Beck 1967

V. Öhlberger & J. Pinkston, 'Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non-Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality', *AYIA* 2016, p. 101-117

R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven, 'De voorrangsregel versus het beginsel van nationale procedurele autonomie', *SEW* 2008, afl. 12, p. 471-477

A.E. Örücü, 'Methodology of comparative law', in: J.M. Smits (red.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Glos, VK/Massachusetts, VS: Edward Elgar Publishing 2012, p. 560-576

H. Ost, *EVÜ und* fact doctrine. *Konflikte zwischen europäischer IPR-Vereinheitlichung und der Stellung ausländischen Rechts im angelsächsischen Zivilprozeß*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1996

G. Otto, 'Die gerichtliche Praxis und ihre Erfahrungen mit dem Europäischen Übereinkommen vom 7.6.1968 betr. Auskünfte über ausländisches Recht', in: D. Henrich & B. von Hoffmann, *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung 1985 p. 209-232

A. E. von Overbeck, 'Les question générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents : cours général de droit international privé', *RCADI* 1982, p. 9-258

N. Peters, *IPR, Proces & Arbitrage. Over grondslagen en rechtspraktijk* (diss. RUG), Groningen: RUG 2015

Th. Pfeiffer, 'ADR trifft IPR: die Bestimmung des anwendbaren internationalen Privatrechts durch den Schiedsgutachter', in: B. Bachmann e.a. (red.), *Grenzüberschreitungen: Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, p. 683-693

H.M. Malek e.a. (red.), *Phipson on Evidence*, Londen: Sweet & Maxwell 2005

M. Pollack, 'Proof of Foreign Law' [Practitioner's Notebook], *Am. J. Comp. L.* 1978, p. 470-475

S. Prechal, 'Community Law in National Courts: the Lessons From Van Schijndel', *CMLR* 1998, p. 681-706

S. Prechal & N. Shelkoplyas, 'National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond', *ERPL* 2004, p. 589-611

D. Reichert-Facilides, *Fakultatives und zwingendes Kollisionsrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 1995

O. Remien, 'Germany: Proof of and Information About Foreign Law – Duty to Investigate, Expert Opinions and a Proposal for Europe', in: Y. Nishitani (red.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, Cham: Springer 2017, p. 183-220

O. Remien, 'Iura novit curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61 ff. EGV – für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten', in: J. Basedow e.a. (red.), *Aufbruch nach Europa. 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2001, p. 617-631

O. Remien, 'European Private International Law, the European Community and its Ermerging Area of Freedom, Security and Justice', *CMLR* 2001, afl. 1, p. 53-86

M. Requejo, 'Quelle communication dans l'application de la loi étrangère?', in: S. Menétrey & B. Hess (red.), *Les dialogues des juges en Europe*, Brussel: Larcier 2014, p. 325-348

Th. Rogoz, *Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess* (diss. Erlangen), Tübingen: Mohr Siebeck 2008

L. Rosenberg & K.H. Schwab/P. Gottwald (bew.), *Zivilprozessrecht*, München: Beck 2010

G. Rühl, 'Die Kosten der Rechtswahlfreiheit: Zur Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte', *RabelsZ* 2007, p. 560-596

V. Ruiz Abou-Nigm, 'United Kingdom: The Traditional Approach to Foreign Law in Civil Litigation in the Legal Systems of the United Kingdom', in: Y. Nishitani (red.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, Cham: Springer 2017, p. 361-374

J.W. Rutgers, 'Ambtshalve toepassing van Europees recht in het civiele geding', in: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Amice. Rutgers-bundel. Opstellen, op 26 april 2005 aangeboden aan prof.mr. G.R. Rutgers ter gelegenheid van zijn afscheid van de Rijksuniversiteit Groningen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 295-303

P. Sanders, *Het Nederlandse arbitragerecht: nationaal en internationaal*, Deventer: Kluwer 2001

P. Sanders, 'Chapter 12. Arbitration', in: *International Encyclopedia of Comparative Law* 1996

G. Sanna, 'Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights and Its Impact on Judicial Cooperation in Civil and Commercial Matters', in: G. di Frederico (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. From Declaration to Binding Instrument*, Dordrecht/New York: Springer 2011, p. 161-175

S.L. Sass, 'Foreign law in Civil Litigation: A Comparative Survey', *AJCL* 1968, p. 332-371

J.G. Sauveplanne, 'Het gezag der vreemde rechtspraak bij de toepassing van vreemd recht', *NJB* 1958, afl. 10, p. 181-186

J.G. Sauveplanne, 'Behandeling van vreemd recht bij onbekendheid met de inhoud daarvan', *NJB* 1959, p. 661-669

F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Erster band*, Berlijn: Veit und Comp. 1840

F.C. von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts. Achter band*, Berlijn: Veit und Comp. 1849

F.J.M. Schaap, *Puchta's kritiek van de doctrine van het gewoonterechtsbewijs en haar invloed op de hedendaagse literatuur*, (ongepubliceerd) Vught 1991

H. Schack, *Internationales Zivilverfahrensrecht. Ein Studienbuch*, München: C.H. Beck 2010

H. Schack, 'Rechtswahl im Prozeß?', *NJW* 1984, p. 2736-2740

A.C. van Schaick, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2011

D. Schellack, *Selbstermittlung oder ausländische Auskunft unter dem europäischen Rechtsauskunftsübereinkommen*, Berlijn: Duncker & Humblot 1998

R.B. Schlesinger, 'Die Behandlung des Fremdrechts im Amerikanischen Zivilprozess', *RabelsZ* 1962, p. 54-72

R.B. Schlesinger, 'A Recurrent Problem in Transnational Litigation: The Effect of Failure to Invoke or Prove The Applicable Foreign Law', 59 *Cornell L. Rev.* 1973, afl. 1, p. 1-26

P. Schlosser, *Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtbarkeit*, Tübingen: Mohr (Siebeck) 1989

R.A. Schütze, 'Die Besetzung eines internationalen Schiedsgerichts und das anwendbare Recht', in: R. Geimer (red.), *Recht ohne Grenzen. Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag*, München: Sellier 2012, p. 887-896

R.A. Schütze, 'Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Schiedsverfahren und die Feststellung seines Inhalts', in: R. Briner e.a. (red.), *Law of international business and dispute settlement in the 21st century/Recht der internationalen Wirtschaft und Streiterledigung im 21. Jahrhundert. Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel anlässlich seines Ausscheidens als Direktor des Instituts für Luft- und Weltraumrecht und des von ihm gegründeten Lehrstuhls für Internationales Wirtschaftrecht*, Köln: Heymann 2001, p. 715-725

R.A. Schütze, 'Internationales Notarverfahrensrecht', *DNotZ* 1992, p. 66-84

A. Schwartze, 'Die Ermittlung und Anwendung des Vertragsrecht anderer EU-Staaten im deutschen Zivilprozeß nach § 293 ZPO – ein besonderer Fall', in: P. Yessiou-Faltsi e.a. (red.), *Recht in Europa. Festschrift für Prof. Dr. Dr. h.c. Hilmar Fenge zum 65. Geburtstag am 28.10.1996*, Hamburg: Verlag Dr. Kovač 1996, p. 127-146

T. Sciberras Camilleri & K.A. Borg, 'Malta', in: C. Esplugues e.a. (red.), *The Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 265-273

G. Shaw, 'Notaries in England and Wales: modernising a profession frozen in time', *International Journal of the Legal Profession* 2000, afl. 2, p. 141-155

D. Shelton, '*Jura novit curia* in International Human Rights Tribunals', in: N. Boschiero e.a. (red.), *International Courts and the Development of International Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2013, p. 189-211

K. Siehr, 'Application of Foreign Law In European Private International Law', in: M. Piers, H. Storme & J. Verhellen, *Liber Amicorum Johan Erauw* (Antwerpen/Cambridge: Intersentia 2014), p. 159-174

J.L.W. Sillevis Smit, 'Iets over rechtskeuze en aanverwante problemen in de nieuwe arbitragewet. Enkele kanttekeningen bij artikel 1054 Rv', in: Beukenhorst e.a. (red.), *Offerhauskring vijfentwintig jaar. Feestbundel ter gelegenheid van het vijfentwintigjarig bestaan van de Studiekring Prof.Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer: Kluwer 1987, p.161-171, i.h.b. p. 168-169

P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure. Serie Burgerlijk Proces & Praktijk. 10*, Deventer: Kluwer 2008.

H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 2008, afl. 6761, p. 541-552

H.J. Snijders, 'Andermaal de vraag naar ambtshalve aanvulling van rechtsgronden (van Europees recht), een reactie op A.S. Hartkamp, WPNR (2009) 6813 en een korte bespreking van het nog recentere Asturcom-arrest', *WPNR* 2009, afl. 6823, p. 998-1002

W. Snijders, 'Rechtskeuze achteraf en vaststellingsovereenkomst herbezocht', in: J.M. Polak e.a. (red.), *Iustitia et Amicitia. Geschillenbeslechting in en buiten rechte. Opstellen ter gelegenheid van het 175-jarig bestaan van het Genootschap Iustitia et Amicitia* , Arnhem: Gouda Quint 1985, p. 47-60

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2017

H.J. Snijders & A. Wendels, *Civiel Appel* (Reeks Burgerlijk Proces & Praktijk, deel 2), Deventer: Kluwer 2009

D. Solenik, 'La libre circulation des lois dans l'Union européenne', *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht* 2007/2008, p. 341-360

K. Sommerlad & J. Schrey, 'Die Ermittlung ausländischen Rechts im Zivilprozeß und die Folgen der Nichtermittlung', *NJW* 1991, p. 1377-1383

L. Spagnolo, '*Iura Novit Curia* and the CISG: Resolution of the Faux Procedural Black Hole', in: I. Schwenzer & L. Spagnolo (red.), *Towards Uniformity:* the 2nd Annual MAA Schlechtriem CIGS Conference, Den Haag: Eleven 2011, p. 181-221

L. Spagnolo, 'Exclusion by Conduct of Legal Proceedings: *Iura Novit Curia* and Opting Out of the CISG', *Int'l Trade & Bus. L. Rev.* 2014, p. 477-528

A. Spickhoff, 'Die Rechtswahl und ihre Grenzen unter den Rom I-VO', in: E.-M. Kieninger & O. Remien (red.), *Europäische Kollisionsrechtsvereinheitlichung. Ius Europaeum. Band 52*, p. 117-137

J.J. Spigelman, 'Proof of Foreign Law by Reference tot he Foreign Court', *LQR* 2011, p. 208-216

A. Stadler, 'ZPO', in: H.-J. Musielak & W. Voit (red.), *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz*, München: Verlag Franz Vahlen 2017

L.E.H. Rutten , *Mr. C.W. Star Busmann. Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, Haarlem: Erven Bohn 1972.

Staatscommissie voor het Internationaal Privaatrecht, *Rapport aan de Minister van Justitie. Algemene bepalingen Wet Internationaal Privaatrecht*, Den Haag: Ministerie van Justitie 2002

G.J.W. Steenhoff, *De wetenschap van het internationaal privaatrecht in Nederland tussen 1862 en 1962: een internationalistisch perspectief*, Zwolle/Den Haag: W.E.J. Tjeenk Willink/T.M.C. Asser Instituut 1994

F. Stein, *Das Private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse*, Leipzig: Hirschfeld 1893

P.A. Stein & A.S. Rueb, *Compendium burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2015

L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlands Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2015

L. Strikwerda, *Semipubliekrecht in het conflictenrecht: verkenningen op een kruispunt van methoden* (diss. Uva), Deventer: Kluwer 1978

L. Strikwerda & S.J. Schaafsma, *Inleiding tot het Nederlandse internationaal privaatrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

S. Stuij, 'Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR', in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law*, Den Haag: Asser Press 2016, p. 185-209

F. Sturm, 'Fakultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen', in: H. Bernstein, U. Drobnig en H. Kötz, *Festschrift für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr 1981, p. 329-355

M. Stürner, 'Wie kann der Zugang zu ausländischem Recht in Zivilverfahren verbessert werden?', *ZvglRWiss* 2018, afl. 1, p. 1-23

M. Stürner & F. Krauß, *Auslandisches Recht in deutschen Zivilverfahren*, Baden-Baden: Nomos 2018

Ch. Thole, 'Anwendung und Revisibilität ausländischen Gesellschaftsrecht in Verfahren vor deutschen Gerichten', *ZHR* 2012, p. 15-65

R.P.J.L. Tjittes & W.D.H. Asser, *Rechtsmiddelen* (Studiereeks burgerlijk procesrecht, deel 4) Deventer: Kluwer 2007

P.C. Torremans & J. Fawcett, *Cheshire, North & Fawcett. Private International Law*, Oxford/New York, VS: OUP 2017

M. Traest & V. Vanovermeire, 'Over vreemd nationaal recht voor de nationale rechter en de Unierechter', in: A. Bossuyt e.a. (red.), *Liber Spei et Amicitiae Ivan Verougstraete*, Gent: Larcier 2011, p. 437-449

C. Trautmann, *Europäisches Kollisionsrecht und ausländisches Recht im nationalen Zivilverfahren* (diss. Hamburg), Tübingen: Mohr Siebeck 2011

V. Van Den Eeckhout, 'The Netherlands', in: C. C. Esplugues, J.L. Iglesias & G. Palao (red.), *The Application of Foreign Law*, München: Sellier 2011, p. 377-389

J. Verhellen, 'Access to foreign law in practice: easier said than done', *JPIL* 2016, afl. 2, p. 281-300

P. Vlas, *IPR en BW. Monografieën BW. A27*, Deventer: Wolters Kluwer 2015

A.P.M.J.Vonken (m.m.v. F.W.J.M. Schols & F. Ibili), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. II. Internationaal personen-, familie-, en erfrecht,* Deventer: Kluwer 2016

A.P.M.J.Vonken (m.m.v. H.L.E. Verhagen, X.E. Kramer & S. van Dongen), *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 10. Internationaal privaatrecht. I. Algemeen deel IPR*, Deventer: Kluwer 2018

J.J. Vriesendorp, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden in het burgerlijk geding* (diss. Leiden), Zwolle: Tjeenk Willink 1970

J. Waincymer, 'International Arbitration and the Duty to Know the Law', *J. Int. Arb.* 2011, afl. 3, p. 201-242

L. Walker, *Maintenance and Child Support in Private International Law*, Oxford/Portland, Oregon: Hart Publishing 2015

A. Wallerman, 'The Impact of EU Law on Civil Procedure', *TCR* 2013, afl. 3, p. 91-95

H. Walter, 'Der Grundsatz iura novit curia im Europäischen Mensenrechtsverfahren. Zur Teilabweisung von Individualbeschwerde wegen offensichtlicher Unbegründetheit', *ZaöRV* 1968, p. 561-578

P. Wautelet, 'Belgium: Foreign Law in Belgian Courts – From Theory to Practice', in: Y. Nishitani (red.), *Treatment of Foreign Law – Dynamics towards Convergence?*, Cham: Springer 2017, p. 63-92.

F.M. Wilke, 'Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?: eine Skizze anlässlich einer Bayreuther Tagung', *GPR* 2012, afl. 6, p. 334-341

M.H. ten Wolde, 'Simplex sigillum veri. (Vrij)denken over grondslagen van conflictenrecht en over kruispunten van conflictenrechtelijke methoden', in: Th.M. de Boer e.a. (red.), *Strikwerda's conclusies. Opstellen aangeboden aan mr. L. Strikwerda ter gelegenheid van zijn a fscheid als advocaat-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2011, p. 603-620

M.H. ten Wolde, 'De mysteries van het fait accompli en Boek 10 BW', *NIPR* 2010, p. 430-436

H.K. Woolf, *Access to Justice: final report to the Lord Chancellor on the civil justice system in England and Wales*, Londen: The Stationary Office 1996

G.T. Yates, 'Foreign Law Before Domestic Tribunals', *Va. J. Int. L.* 1978, afl. 4, p. 725-751

I. Zajtay, *Zur Stellung des ausländischen Rechts im französischen internationalen Privatrecht*, Berlijn/Tübingen: De Gruyter/Mohr 1963

I. Zajtay, 'The Application of Foreign Law', in: K. Lipstein (red.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III, Chapter 14, Tübingen: Mohr Siebeck (Leiden/Bosten, VS: Martinus Nijhoff Publishers) 1972, p. 1-45

A. Zuckerman, *Zuckerman on Civil Procedure. Principles of Practice*, Londen: Tomson Reuters 2013

K. Zweigert, 'Some Reflections on the Sociological Dimensions of Private International Law or What is Justice in Conflict of Laws?', U. Colo. L. Rev. 1973, p. 283-299

K. Zweigert, 'Zur Armut des internationalen Privatrechts an sozialen Werten', *RabelsZ* 1973, p. 435-452

K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, Oxford: Clarendon Press 1998 (*Einführung in die Rechtsvergleichung aus dem Gebiete des Privatrechts*, Tübingen: Mohr Siebeck 1996, vertaald door T. Weir)

TREFWOORDENREGISTER

(verwezen wordt naar de randnummers)

A

Aktenversendung 399, 603
ambtshalve toepassing
  buitenlands recht 5, 49-53, 62-63, 123,
  conflictenrecht 5, 49-53, 54-55, 57, 123
  eigen recht 1, 19, 40-45, 116-120, 184-190
  Europees recht 125, 191
  verschil met ambtshalve toetsing 276, 295-296, 316-317
  voorrangregels 19, 66-67, 138, 205, 330, 362, 418-420, 541-544, 678
ambtshalve toetsing
  van bevoegdheid 295-297, 316
  oneerlijke bedingen 276
amicus curiae 399, 260 (vtnt.), 261 (vtnt.) 601, 603
antikiesregel 56, 62, 127, 160, 296, 314, 354, 406, 503, 509, 650
appeal zie 'hogere voorziening'
arbitrage
  en 'lex fori' 166, 460
  toepasselijk recht 100-101, 104, 164-165, 299-230
  toetsing arbitraal vonnis 104-105, 231-232, 366, 373, 423, 460-461, 551, 554-555
  verschillen met overheidsrechtspraak 460
  voie directe zie 'arbitrage – toepasselijk recht'
  'vreemd' recht 26, 102, 166, 231, 423
  iura novit arbiter zie 'iura novit arbiter'
  hoor en wederhoor 167, 230, 423
autonoom recht 437-442, 444, 557, 670

B

Berufung zie 'hogere voorziening'
Beschwerde zie 'hogere voorziening'

bewijs
van buitenlands recht — zie 'buitenlands recht'
internationale elementen — 61, 197-198
bewijslastverdeling — 38, 182, 200
Brexit — 18, 191, 198, 636
buitenlands recht
als kennisprobleem — 3, 441-442, 447, 449-453, 455, 460, 467
als gezagsprobleem — 673, 427, 440-441
bewijs van — 200-204, 206-208, 283-286
en gewoonterecht — 439
en *Statutarrecht* — 439
feit of recht — zie 'feit-recht-onderscheid'
karakterisering — 17, 52, 194, 226, 375-378, 428-444, 452
niet vast te stellen/onkenbaar — zie 'onkenbaarheid van buitenlands recht'

C
cassatie — zie 'hogere voorziening'
certificats (de législation, de coutûme) — 11, 207, 235, 440 (vtnt.), 562, 575, 577-582, 595, 598, 621, 628, 630, 638, 640, 672-673
conflictenrecht
ambtshalve toepassing — zie 'ambtshalve toepassing – conflictenrecht'
conflictenrechtelijke methode
als verklaring voor processuele status — 379-383
als rechtvaardiging voor *iura novit curia* — 467-489, 497499, 509-510, 632-633, 670-671
consumentenbescherming
Europees (materieel) recht — 276-277, 302, 309, 313, 317, 331, 355, 397 (vtnt.), 487, 510, 634, 461 (vtnt.)
internationaal privaatrecht — 196, 299, 309, 313, 315, 317, 322, 355, 472-473, 478, 487, 502, 509-510, 542, 632

D
da mihi facta, dabo tibi ius — 1, 352, 385, 546
deskundigen
geschiktheid — 206
eigen recht — 45, 118, 190, 259
vreemd recht — 72, 141, 143, 166, 202, 206, 258-262, 357, 376
deskundigenbericht — 45, 72
Sachverständigengutachten — 118, 141
expert evidence — 181, 190, 202, 206
single joint expert — 181, 202, 357, 376
dispositievrijheid — 42-43
doeltreffendheidsbeginsel — zie 'procesautonomie, beginsel van'
due notice — zie 'hoor en wederhoor'

E

eenvormig recht
eerlijk proces
  in het EHRM 242-267
  in het EU-Handvest Grondrechten 342-343
  –, recht op 242-267
  vereisten 245-246
  en toepassing van buitenlands recht 252-267
  en rechterlijk gehoor zie 'rechterlijk gehoor'
  en redelijke termijn 33, 39, 166, 243, 245-250, 254, 464, 466, 536, 544, 569, 599, 618, 662, 664,
  en deskundigenbewijs zie 'deskundigenbewijs'
  en rechtsweigering zie 'rechtsweigering'
effectieve rechtsbescherming, beginsel van zie 'procesautonomie, beginsel van'
effectiviteitsbeginsel zie 'procesautonomie, beginsel van'
Eilverfahren 150-152
endogeen recht 440-441
Ermittlungspflicht 116, 135, 139-140, 142, 147, 152, 162-163, 168-169, 176, 280, 317, 354, 356, 361, 376, 410, 460, 536, 555, 568, 575, 589, 622
Erie doctrine 576-577
Europees Justitieel Netwerk 282, 325, 570, 572 (vtnt.), 590, 672
Europees recht 8
  'directe botsing' met nationaal recht 272-273
  'indirecte botsing' met nationaal recht 272, 274-278
  beginsel van procesautonomie zie 'procesautonomie, beginsel van'
  non-discriminatiebeginsel 333-338
Europese Overeenkomst 1968 3, 71, 75, 93, 102, 139-140, 147, 173, 208, 247, 356, 460, 520, 564, 567-569, 592-595, 597, 599, 621, 622 (vtnt.), 626, 672
exogeen recht 440-441

F

facultatief conflictenrecht 3, 54-55, 128
fact doctrine 194, 212, 231, 375-378
'feit-recht'-onderscheid 194, 375-376, 429
forum non conveniens 220-221, 630-633
Frans recht 17, 31, 40, 47, 66, 83, 85, 197 (vtnt.), 215 (vtnt.), 306 (vtnt.), 340 (vtnt.), 377, 380, 396, 405, 432, 439 (vtnt.), 440 (vtnt.), 647 (vtnt.)
Freibeweis 117, 134, 140, 142, 357
freiwillige Gerichtsbarkeit zie 'voluntaire jurisdictie'

G

gelijkwaardigheidsbeginsel zie 'procesautonomie, beginsel van'
gewoonterecht 40, 116-117, 123

H

Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht 11-13, 558, 562, 564-565, 575, 590, 595, 602, 608, 610, 621-622, 624, 673
heteronoom recht 437-438, 440-441, 451, 557
Hinweispflicht 120, 132
hogere voorziening
– algemeen 46-48, 121-122, 154, 192-193, 265-267, 329
– hoger beroep en vreemd recht 88-93, 154-157, 226-228, 329, 360, 548, 660
– hoogste instanties en vreemd recht 94-99, 154, 158-163, 226-228, 267, 329, 333-338, 361, 415-417, 545-547, 661
hoor en wederhoor 43, 68, 120, 187

I

Institut de droit international 608
Institut suisse de droit comparé 9, 25 (vtnt.), 281, 490 (vtnt.), 564
Internationaal Juridisch Instituut (IJI) 73, 76
Interpretatie van vreemd recht 84-85, 147-148, 216-217
iura novit arbiter 553
iura novit curia 7, 13, 112, 116, 126, 184, 240-241
betekenis 2, 13, 27
en arbitrage 166, 423
en *curia novit legem* 1
en *judicial notice* zie 'judicial notice'
en ipr 126
en buitenlands recht 63
ius curia novit 1, 63

J

judicial notice
betekenis 182, 191, 199, 226
verschil met *iura novit curia* 449-451, 491-492, 669
jura novit curia zie 'iura novit curia'

K

KeI 32
kort geding 86
kosten
algemeen 19, 54, 69, 75-77, 79, 118, 141-142, 178, 188, 200, 210-211, 230, 244, 358, 376, 403, 406, 410-411, 427, 444, 447-448, 455, 497, 499, 501, 508, 510, 512, 518-519, 521-524, 526, 528, 530-531, 536-537, 558, 568-569,

572, 578, 589-593, 596, 598, 602-604, 611, 619, 624-625, 628, 637, 638, 656-657, 662-663, 670-671, 674, 677
en effectiviteit Europees ipr 314, 324-327
deskundigen 76, 118, 210
gefinancierde rechtsbijstand 76, 143, 211, 342, 358, 518, 522, 524, 572, 591, 619, 654-656, 666, 677
partij-inlichtingen 77

L
lack of proof of foreign law zie 'onkenbaarheid van vreemd recht'
law doctrine 375-376
lex mercatoria 434 (vtnt.)

M
mandatory pleading 196
Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 141

N
non-discriminatiebeginsel zie 'Europees recht'
notoire feiten 182, 428, 451, 542

O
Obliegenheit 135, 376, 410
Offenlassen der Rechtswahl zie 'antikiesregel'
onkenbaarheid van vreemd recht
maatstaf 79, 144, 201, 212
consequenties 80-83, 212-215
lex fori 81-82, 145, 212-215
eenvormig recht/'principles' 83, 146
verwant rechtsstelsel 83, 146
subsidiaire aanknoping 82-83, 146
presumption of similarity 196, 200, 212-215
openbare orde
in processuele zin 27, 31, 37-38, 41, 43-44, 46, 57, 59, 61, 67, 81, 90, 92, 105, 110, 112, 184, 275-276, 306, 309, 317, 321, 330, 346, 350, 354 (vtnt.), 479, 482, 484, 500-504, 508, 510, 513, 526, 536, 543, 548, 550-551, 553, 555-556, 615, 642, 645-647, 655, 660, 671, 675-677
internationale - 27, 57, 81, 435, 459, 479, 484 (vtnt.), 536, 615

P
partijautonomie
conflictenrecht zie 'rechtskeuze'

procesrecht — zie 'dispositievrijheid'
Präklusion — 119, 130 133, 137, 157
prejudiciële procedure
Hof van Justitie EU, verschil met — 585-586, 595
Hoge Raad — 35-39, 49
'advisory opinion' EHRM — 585 (vtnt.)
intra-Europees — 564, 575, 583-587, 595-600, 621, 623, 624, 627, 673
procesautonomie, beginsel van — 240, 274, 276 (vtnt.), 277, 280, 283-284, 290-292, 301-304, 306, 309, 315, 317, 319, 329, 331, 344, 487, 598

R
rechterlijk gehoor, recht op — zie 'hoor en wederhoor'
Rechtsbeschwerde — zie 'hogere voorziening'
rechtsbronnenleer — 389-401, 426, 436, 443, 450, 560, 589-590, 595, 667
Rechtsgespräch — 120
rechtskeuze
in arbitrage — zie 'arbitrage – toepasselijk recht'
processueel — 58, 60
stilzwijgend — 59
verschil met dispositievrijheid — 58
rechtsmiddel
versus rechtsgrond — 41, 64
als hogere voorziening — zie 'hogere voorziening'
rechtsweigering — 78
redelijke termijn-vereiste — zie 'eerlijk proces, recht op'
religieus recht — 83
Revision — 121, 154
'Rome 0'-verordening — 605

S
samenwerking tussen autoriteiten
administratieve samenwerking — 3, 11, 71, 140, 207-208, 247-249, 356, 446, 517, 520, 563-573, 592-595, 597, 621, 623-624, 672
gerechtelijke samenwerking — 446, 517, 574-587, 595-600, 627, 638-640, 672-673
Säumnisverfahren — zie 'verstek'
Single joint expert — zie 'deskundigen – *single joint expert*'
Statuten — 116-117, 123
statutenleer — 380, 396, 468
Strengbeweis — 117
Summary judgment — 215, 222-223, 225
surrogaatrecht — zie 'onkenbaarheid'

T
T.M.C. Asser Instituut 73, 76

U
Uniform Certification of Questions of Laws Act 578-579, 595, 598
Untersuchungsmaxime 115

V
vaststellingsovereenkomst 37, 60, 434, 461, 466, 500
Verhandlungsmaxime 115
verjaring 5-6, 38, 41, 63-64, 255, 352, 489, 499 (vtnt.), 510, 675
verstek 57, 69, 87, 153, 295 (vtnt.), 354, 364, 422, 442, 463, 540, 663
voluntaire jurisdictie 106, 115
voluntary pleading 195, 197
vreemd recht zie 'buitenlands recht'

W
Woolf reforms 178, 188

ARTIKELENREGISTER

Internationaal

Bretton Woods Agreement (IMF)	art. VIII(2)(b)
EVRM	art. 6, 8, 13
EVRM 1ste Protocol	art. 1
Europese Overeenkomst 1968	art. 6
Haags Alimentatieprotocol 2007	art. 2, 3, 4
Haags Huwelijksvermogensverdrag 1978	art. 9
Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996	art. 15
Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980	art. 15
Overeenkomst van München verklaringen huwelijksbevoegdheid	
Weens Koopverdrag 1980	
Weens Verdragenverdrag 1968	art. 26, 27, 31

Europese Unie

Alimentatieverordening	art. 3 sub b, 15
EG	art. 65, 81
EU-Handvest Grondrechten	art. 47
EEX-verdrag	art. 17
EEX-verordening	art. 5, 25, 31
Erfrechtverordening	art. 7, 20, 22, 62 e.v.
Erfrechtverordening	art. 7, 20, 22, 62 e.v.
Herschikte EEX-verordening	art. 4, 7, 17, 18, 26, 27, 28, 29, 35
Herschikte Insolventieverordening	art. 16
Huwelijksvermogensrechtverordening	art. 22, 26, 28, 63
Insolventieverordening	art. 13
Partnerschapsvermogensrechtverordening	art. 20
Rome I- verordening	art. 1, 3, 5, 6, 8, 9, 13, 18
Rome II-verordening	art. 4, 14, 30 lid 1 sub ii
Rome III-verordening	art. 4, 5

VEU	art. 4 lid 3, 5, 6 lid 2, 6lid 3
VWEU	art. 4 lid 2 sub f, 4 lid 2 sub j, 18, 21, 67, 81, 101, 267, 326

Nederland

BW, Boek 1	art. 1:16a, 1:24a, 1:26a, 1:26b, 1:49a
BW, Boek 10	art. 10:2, 10:3, 10:8, 10:9, 10:11, 10:13; 10:56
Rv	art. 12, 22, 24, 25, 194 e.v., 237, 241
Wet op het Notarisambt	art. 2
Wet RO	art. 79
Wet RO (oud)	art. 99

Duitsland

ArbGG	§ 73
AuRAG	§ 1
BGB	§ 1309, 1568
Bundesnotarordnung	§ 1
CPO (oud)	§ 265
EGBGB	art. 13, 24 Abs. 3
Grundgesetz	art. 25, 59 Abs. 2, 103 Abs. 1
FamFG	§ 26, 49 e.v., 72, 76 e.v., 119, 127, 246 e.v.
FGG (oud)	§ 72
JVEG	§ 3, 8, 9
Personenstandgesetz	§ 13
ZPO	§ 14, 138, 139, 293, 294, 407, 545, 560, 1051, 1059
ZPO (oud)	§ 549

Engeland en Wales

Access to Justice Act 1999 (oud)	s. 19
Administration of Justice Act 1920	s. 15
Arbitration Act 1996	s. 34, 37, 46, 66, 67, 68, 69
British Law Ascertainment Act 1859	
Civil Evidence Act 1972	s. 4(2)
Civil Procedure Act 1997	
Colonial Laws Validity Act 1865	s. 6
CPR 1998	r. 33.7, 35.4, 44.3, 16.4.1.a.
Courts Act 2003	s. 75
European Communities Act 1972	s. 3

Evidence (Colonial Statutes) Act 1907	s. 1
Foreign Law Ascertainment Act 1861	
FPR 2010	r. 13.1, 23.7
Interpretation Act 1978	s. 3
Judicature Act 1873	
Judicature Act 1875	
Legal Aid, Sentencing and Punishment of Offenders Act 2012	s. 32
Non-Contentious Probate Rules 1954	r. 18
Non-Contentious Probate Rules 1987	r. 19

JURISPRUDENTIELIJST

Internationaal en supranationaal

Internationaal Gerechtshof

IGH 28 november 1958, *Case concerning the Application of the Convention of 1902 concerning the Guardianship of Infants (Netherlands v. Sweden)*, I.C.J. Reports 1958, p. 55

Hof van Justitie EG/EU

HvJ EG 6 oktober 1976, zaak 12/76, *Jur.* 1976 (III), p. 1473 (*Tessili/Dunlop*)
HvJ EG 18 december1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*)
HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Jur.* 1976, p. 835 (*Comet*)
HvJ EG 14 december 1977, zaak 73/77, *Jur.* 1997, p. 2383, ECLI:EU:C:1977:208 (*Sanders*)
HvJ EU 9 maart 1978, zk. 106/77, *Jur.* 1978, p. 629 (*Simmenthal*)
HvJ EG 4 maart 1982, zaak 38/81, *Jur.* 1982, p. 825, ECLI:EU:C:1982:79 (*Effer/Kantner*)
HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Jur.* 1986, p. 1663 (*Johnston*)
HvJ EG 4 februari 1988, zk. 145/86, *Jur.* 1988, p. 00645, *NJ* 1990/209, m.nt. Schultsz (*Hoffmann/Krieg*)
HvJ EG 27 september 1988, zaak 189/87, *Jur.* 1988, p. 5565 (*Kalfelis/Schröder*)
HvJ EG 15 mei 1990, zk. 365/88, *Jur.* 1990, p. I-1845 (Kongress Agentur Hagen)
HvJ EG 19 januari 1993, zk. C-89/91, *Jur.* 1993, p. I-00139, *NJ* 1996/328 (*Shearson Lehman Hutton*)
HvJ EU 14 december 1995, zaak C-312/93, *Jur.* 1995, p. I-4599 (*Peterbroeck*)
HvJ EU 14 december 1995, zaak C-430-431/93, *Jur.* 1995, p. I-4705 (Van Schijndel en Van Veen)
HvJ EG 26 september 1996, zk. C-43/95, *Jur.* 1996, p. I-4661 (*Data Delecta*)
HvJ EG 20 maart 1997, zaak C-323/95, *Jur.* 1997, p. I-1711
HvJ EU 3 juli 1997, zaak C-269/95, *Jur.* 1997, p. I-3788, ECLI:EU:C:1997:337 (*Benincasa*)
HvJ EG 2 oktober 1997, zaak C-122/96, *Jur.* 1997, p. I-5325 (*Saldanha*)
HvJ EG 1 juni 1999, zaak C-126/97, *Jur.* 1999, p. I-3055 (*Eco Swiss/Benetton*)
HvJ EG 11 mei 2000, zaak C-38/98, ECLI:EU:C:2000:225, *Jur.* 2000, p. I-3009 (*Renault*)

HvJ EG 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 tot en met C-244/98, *Jur.* 2000, p. I-4963 (*Océano Grupo*)
HvJ EG 21 november 2002, zaak C-473/00, *Jur.* 2002, p. I-10875 (*Cofidis*)
HvJ EG 2 oktober 2003, zaak C-148/02, *Jur.* 2003, p. I-11613 (*Garcia Avello*)
HvJ EG 27 april 2004, zaak C-159/02, *Jur.* 2004, p. I-3565, (Turner)
HvJ EG 13 juli 2006, gevoegde zaken C-295/04 tot en met C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461, *Jur.* 2006, p. I-6641 (*Manfredi*)
HvJ EG 7 september 2006, zaak C-526/04, *Jur.* 2006, p. I-7550, ECLI:EU:C:2006:528 (*Laboratoires Boiron*)
HvJ EG 13 maart 2007, zaak C-432/05, *Jur.* 2007, p. I-2301, ECLI:EU:C:2007:163 (*Unibet*)
HvJ EG 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05 tot en met C-225/05, *Jur.* 2007, p. I-4233 (*Van der Weerd*)
HvJ EG 14 oktober 2008, zaak C-353/06, *Jur.* 2008, p. I-7639 (*Grunkin-Paul*)
HvJ EG 10 februari 2009, zaak C-185/07, *Jur.* 2009, p. I-663 (West Tankers)
HvJ EG 4 juni 2009, zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343, *Jur.* 2009, p. I-04529 (*T-Mobile*)
HvJ EU 22 december 2010, zaak C-208/09, *Jur.* 2010, p. I-13693 (*Sayn-Wittgenstein*)
HvJ EU 7 april 2011, zaak C-291/09, *Jur.* 2011, p. I-2685 (*Guarnieri & Cie.*)
HvJ EU 12 mei 2011, zaak C-391/09, *Jur.* 2011, p. I-3787 (*Runevi-Vardyn*)
HvJ EU 5 juli 2011, zaak C-263/09 P, *Jur.* 2011, p. I-5853, ECLI:EU:C:2011:452 (*Edwin*)
HvJ EU 15 maart 2012, zaak C-292/10, ECLI:EU:C:2012:142 (*G./Cornelius de Visser*)
HvJ EU 25 oktober 2012, zaak C-133/11, ECLI:EU:C:2012:664 (*Folien Fischer*)
HvJ EU 8 november 2012, zaak C-461/11, ECLI:EU:C:2012:704, *NIPR* 2013/151 (*Radziejewski*)
HvJ EU 13 december 2012, zaak C-215/11, ECLI:EU:C:2012:794 (*Szyrocka*)
HvJ EU 14 maart 2013, zaak C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*)
HvJ EU 30 mei 2013, zaak C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 (*Asbeek Brusse & De Man Garabito/Jahani BV)*
HvJ EU 14 november 2013, zaak C-537/12, ECLI:EU:C:2013:579 (*Banco Popular Español*)
HvJ EU 3 oktober 2013, zaak C-170/12, ECLI:EU:C:2013:635 (*Pinckney*)
HvJ EU 17 juli 2014, zaak C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099 (*Morcillo en Garcia*)
HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454
HvJ EU 28 januari 2015, zaak C-375/13, ECLI:EU:C:2015:37 (*Kolassa*)
HvJ EU 15 oktober 2015, zaak C-310/14, ECLI:EU:C:2015:690 (*Nike European Operations Netherlands BV*)
HvJ EU 16 juni 2016, zaak C-12/15, ECLI:EU:C:2016:449 (*Universal Music International*)
HvJ EU 18 oktober 2016, zaak C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774 (*Helleense Republiek/Grigorios Nikiforidis*)
HvJ EU 9 november 2016, zaak C-212/15, ELCI:EU:C:2016:841 (*ENEFI*)

Europees Hof voor de Rechten van de Mens

EHRM 21 februari 1975, no. 4451/70, Serie A no. 18, ECLI:CE:ECHR:1975:0221-JUD000445170 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*)
EHRM 12 juli 1988, no. 10862/84, *ECHR, Serie A*, no 140, p. 29, ECLI:CE:ECHR:1988:0712JUD001086284 (*Schenk/Zwitserland*)
EHRM 18 maart 1997, no. 21497/93, ECLI:CE:ECHR:1997:0318JUD002149793, *NJ* 1998/278, m.nt. H.J. Snijders (*Mantovanelli/Frankrijk*)
EHRM 27 juni 2000, no. 30979/96, ECHR 2000-VII (*Frydlender/Frankrijk*)
EHRM 6 april 2004, no. 75116/01, ECLI:CE:ECHR:2004:0406JUD007511601 (*Karalyos en Huber/Hongarije en Griekenland*)
EHRM 30 juni 2005, no. 45036/98, ECHR 2005-VI, ECLI:CE:ECHR:2005:0630-JUD004503698,(*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/Ierland*
EHRM 8 juni 2006, no. 75529/01, Case Reports 2006-VII, ECLI:CE:ECHR:2006:0608JUD007552901 (*Sürmeli/Duitsland*)
EHRM 8 augustus 2006, no. 43803/98, ECLI:CE:ECHR:2006:0808JUD004380398, *EHRC* 2006/127, m.nt. F. Fernhout (*Eskelinen e.a./Finland*)
EHRM 5 juli 2007, no. 31930/04, ECLI:CE:ECHR:2007:0705JUD003193004, *EHRC* 2007/115, m.nt. M.F.J.M. de Werd, *NJ* 2010/323, m.nt. E.A. Alkema (*Sara Lind Eggertsdóttir/IJsland*)
EHRM 20 december 2007, no. 23890/02, *EHRC* 2008/38, m.nt. F.M.J. den Houdijker (*Phinikaridou/Cyprus*)
EHRM (Grote Kamer) 18 februari 2009, no. 55707/00, ECLI:CE:ECHR:2009:0218JUD005570700
EHRM 10 september 2010, no. 31333/06, ECLI:CE:ECHR:2010:0910JUD003133306 (*McFarlane/Ierland*)
EHRM 6 december 2012, no. 12323/11, ECLI:CE:ECHR:2012:1206JUD001232311 (*Michaud/Frankrijk*)
EHRM 25 juli 2013, no. 11082/06 en 13772/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0725-JUD001108206 (*Khodorkovskiy en Lebedev/Rusland*)
EHRM 15 januari 2015, no. 4097/13, ECLI:CE:ECHR:2015:0115JUD000409713 (*M.A./Oostenrijk*)
EHRM 2 april 2015, no. 679/11, ECLI:CE:ECHR:2015:0402JUD000067911 (*Solomun/Kroatië*)
EHRM 3 september 2015, No. 10161/13
EHRM 23 mei 2016, no. 17502/07, ECLI:CE:ECHR:2016 :0523JUD001750207 (*Avotiņš/Letland*)

ECRM

X. & Co/Bondsrepubliek Duitsland (dec.), no. 3147/67, CD 27, p. 119-127

Nederland

Hoge Raad

HR 9 april 1847, *W.* 800
HR 4 juni 1915, *NJ* 1915, p. 865
HR 8 april 1927, *NJ* 1927, p. 1110, m.nt. PS

HR 20 maart 1931, *NJ* 1931, p. 890, m.nt. PS
HR 28 juni 1937, *NJ* 1938/1
HR 23 december 1943, *NJ* 1944/164
HR 2 april 1976, *NJ* 1977/124
HR 9 augustus 1985, *NIPR* 1985/390, *NJ* 1985/818
HR 17 maart 1989, *NJ* 1990/427, m.nt. JCS
HR 2 februari 1990, *NJ* 1991/1, m.nt. JBMV
HR 29 december 1995, *NJ* 1996/418
HR 11 oktober 1996, *NJ* 1998/95, m.nt. ThMdB, *NIPR* 1997/117
HR 15 mei 1998, *NJ* 1998/625
HR 24 maart 2000, *NIPR* 2001/201, *NJ* 2000/342
HR 23 februari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0199, *NJ* 2001/431, m.nt. JMBV en ThMdB
HR 9 november 2001, *NJ* 2002/279, m.nt. ThMdB
HR 15 februari 2002, *NJ* 2002/ 228
HR 1 maart 2002, *NJ* 2003/355, m.nt. HJS
HR 31 mei 2002, *NJ* 2003/344, m.nt. ThMdB
HR 26 september 2003, *NJ* 2004/460, *JBPr* 2004/15, m.nt. K. Teuben
HR 13 februari 2004, *NJ* 2004/461, m.nt. J.B.M. Vranken.
HR 17 oktober 2003, *NJ* 2004/39
Hr 12 november 2004, *NJ* 2005/24
HR 15 september 2006, ECLI:HL:HR:2006:AV9446, *NJ* 2006/505
HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AV7405, *NJ* 2008/177, m.nt. H.J. Snijders en J. Legemaate
HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2768, *NJ* 2008/125, *NIPR* 2008/79
HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG3582, *NJ* 2009/54
HR 16 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4012, *NJ* 2009/562, m.nt. HJS
HR 27 maart 2009, *NJ* 2010/169, m.nt. HJS
HR 6 april 2012, *NJ* 2013/235, m.nt. ThMdB, *JOR* 2012/218, m.nt. Van der Plas
HR 27 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV6684
HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1254, *NIPR* 2012/357
HR 12 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1525
HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3092, *JIN* 2015/225, m.nt. Van Weerden
HR 11 december 2015, ECLI:NL:HR:2015:3569
HR 11 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:394
HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1431

Gerechtshoven

Provinciaal Gerechtshof Noord-Holland 29 oktober 1846, *W.* 784
Hof Arnhem 21 december 2004, *NIPR* 2005/218
Hof 's-Hertogenbosch 20 februari 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:AZ9780
Hof 's-Hertogenbosch 27 mei 2010, ECLI:NL:GHSHE:2010:BM5997, *NIPR* 2010/405
Hof 's-Gravenhage 28 september 2010, *NIPR* 2011/54
Hof Amsterdam 1 november 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BU7752
Hof 's-Gravenhage 7 maart 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BW7301, *NIPR* 2012/303
Hof Den Haag 7 augustus 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3406, *NIPR* 2013/329

Hof Den Haag 17 februari 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:222
Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 15 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6992, *NIPR* 2016/15
Hof Den Haag, nevenzittingsplaats 's-Hertogenbosch, 15 september 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3569, *NIPR* 2016/81
Hof 's-Hertogenbosch 16 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:481, *NIPR* 2016/2014
Hof Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:1726, NIPR 2017/328

Rechtbanken
Rb. Rotterdam 2 april 1963, *S&S* 1963, no. 52
Rb. Rotterdam 29 maart 1985, *NIPR* 1985/424
Rb. 's-Gravenhage 11 maart 1992, *NIPR* 1992/328; *WPNR* 1992 (6065), p. 727-729, m.nt. Ten Wolde
Rb. Zwolle 4 februari 1998, *NIPR* 1998/305
Rb. 's-Gravenhage 19 mei 2004, *NIPR* 2005/9
Rb. Amsterdam 17 mei 2006, *NIPR* 2006/197
Rb. Rotterdam 13 februari 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BC6670, *NIPR* 2008/132
Rb. Den Haag 19 maart 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BC8939
Rb. Haarlem 17 juni 2009, *NIPR* 2010/303
Rb. Rotterdam 25 november 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BK4498
Rb. Den Haag 6 oktober 2010, ECLI:NL:RBDHA:2015:11488, *NIPR* 2016/35
Rb. Groningen 2 augustus 2011, *NIPR* 2012/42
Rb. Rotterdam 1 februari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV3636
Rb. Rotterdam 20 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5158, *NIPR* 2013/148
Rb. Rotterdam 18 september 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8197, *NIPR* 2014/87
Rb. Den Haag 14 mei 2014 ECLI:NL:RBDHA:2014:6150
Rb. Den Haag 24 november 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:16252, *NIPR* 2017/147.
Rb. Rotterdam 13 januari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:596, *NIPR* 2016/232
Rb. Rotterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7049, *NIPR* 2014/369, *JAR* 2014/222, m.nt. Franssen.

Kantongerechten
Ktg. Zutphen 28 augustus 2001, *NIPR* 2003/131

Scheidsgerechten
Raad van Arbitrage van de Nederlandse Vereniging voor de Handel in Gedroogde Zuidvruchten, Specerijen en Aanverwante Artikelen (N.Z.V.) 21 november 1991, *TvA* 1992, p. 90-93 (no. 26)

Duitsland

Reichsgericht
RG 22 juni 1900, VII 88/00, *JW* 1900, S. 589 Nr. 4 (589)
RG 22 november 1901, VII 285/01, *JW* 1902, S. 36 (36)

Bundesgerichtshof
BGH 24 november 1960, II ZR 9/60 (KG), *NJW* 1961, p. 410
BGH 28 november 1962, IV ZB 251/62 (KG), *NJW* 1963, p. 252
BGH 12 februari 1963, VI ZR 295-62, *VersR* 1963, 533
BGH 28 oktober 1965, VII ZR 171/63 (KG), *NJW* 1966, p. 296
BGH 14 maart 1966 – IV ZR 171/63, *NJW* 1966, 1364
BGH 10 juli 1975, *NJW* 1975, 2142
BGH 30 maart 1976, VI ZR 143/74 (Frankfurt), *NJW* 1976, p. 1581
BGH 27 april 1976, *NJW* 1976, 1588
BGH 26 oktober 1977, IV ZB 77/7, *NJW* 1978, p. 496
BGH 23 december 1981, IV b ZR 643/80 (KG), *NJW* 1982, p. 1215
BGH 7 april 1993 – XII ZR 266/91, *NJW* 1993, 2305
BGH 6 maart 1995 – II ZR 84/94, *NJW* 1995, 2097
BGH 21 september 1995, VII ZR 248/94, *NJW* 1996, 55
BGH 30 januari 2001, *IPRax* 2003, 302 (Nr. 19)
BGH 23 juni 2003, II ZR 305/01, *NJW* 2003, 2685
BGH 15 juli 2008 – VI ZR 105/07, *NJW* 2009, 916
BGH 11 februari 2010 – I ZR 85/08, *BeckRS* 2010, 18209
BGH 30 april 2013 – VII ZB 22/12, *BeckRS* 2013, 09698
BGH 4 juli 2013 – V ZB 197/12, *IPRax* 2014, Nr. 35, *NJW* 2013, 3656
BGH 14 januari 2014, *NJW* 2014, 1244

Oberlandesgerichte
OLG Düsseldorf 28 mei 1986, *IPRspr.* 1986, Nr. 43
OLG Köln van 4 mei 1988, 2 Wx 6/88, *MittBayNot* 1989, 104
OLG München 9.1.1996 – 25 U 4605/95, *IPRspr.* 1996, Nr. 16, p. 61, op p. 62, *BeckRS* 1996, 01150

Bundesarbeitsgericht
BAG 10 April 1975 – 2 AZR 128/74, *BeckRS* 9998, 15724, AP Internat. Privatrecht, Arbeitsrecht Nr. 12
BAG 10 april 2014, 2 AZR 741/13, *NJOZ* 2016, 535
BAG 7 mei 2020 – 2 AZR 692/19, *AP EGBGB Art. 30 Nr. 11*, *BeckRS* 2020, 16354

Engeland en Wales

Rodden v Whatlings Ltd, 1961 S.C. 132 (Schots)
Kutchera v Buckingham International Holdings Ltd [1988] IR 61, op p. 68 (Iers)
Kraus's Administrators v Sullivan 1998 S.L.T. 963 (Schotland)
Pryde v. Proctor and Gamble Ltd. 1971 S.L.T. (Notes) 18 (Schots)
Bonnor v. Balfour Kilpatrick Ltd. 1975 S.L.T. (Notes) 3 (Schots)
Emerald Stainless Steel Ltd v. South Side Distribution Ltd. 1983 S.L.T. 162
Deutz Engines Ltd v. Terex Ltd. 1984 S.L.T. 273
Rodden v. Whatlings Ltd 1960 S.L.T. (Notes) 96 (Schotland)
Pryde v. Proctor and Gamble Ltd 1971 S.L.T. (Notes) 18 (Schotland)

Damberg v Damberg [2001] NSWCA 87 (Australisch)
B.P. Exploration v Hunt (1980) 47 F.L.R. 317 (Australië)

Privy Council
*The Parch*im [1918] A.C. 157 (P.C.)
Hoecheong Products Co Ltd. v. Cargill Hong Kong Ltd. [1995] 1 W.L.R. 404 (PC)
Oakley v Osiris Trustees Ltd [2008] UKPC 2

House of Lords
Munro v. Munro (1840) 7 Cl. & Fin. 842 (herdrukt in: 7 E.R. 1288)
Scott v. Avery (1856) 5 HL Cas 811
Moorhouse v. Lord (1863) 10 HL Cas 272
Dynamit AG v Rio Tinto Co [1918] A.C. 260
North Staffordshire Railway Company v. Edge [1920] A.C. 254 (HL)
Glebe Sugar Refining Company Ltd v Trustees of Port and Harbours of Greenock 1921 S.C. (H.L.) 66
Commonwealth Shipping Representative v Peninsular and Oriental Branch Service [1923] AC 191
De Béeche and Others v. South American Stores Ltd. [1935] A.C. 148 (H.L.)
Elliot v Joicey 1935 S.C. (H.L.) 57
Regazzoni v. K.C. Sethia (1944) Ltd. [1957] 3 W.L.R. 752
Rahimtoola v. Nizam of Hyderabad [1958] A.C. 379 (H.L.)
Adams v National Bank of Greece [1960] 3 W.L.R. 8
Evera S.A. Commercial Bank v Bank Line Ltd. (The Glenbank) [1961] 1 Lloyd's Rep. 231
Rondel v. Worsley [1967] 1 A.C. 191 (HL)
Boys v Chaplin [1971] App. Cas. 356, 381-382 (HL)
Trendtex Trading Corporation and Another v Credit Suisse [1982] A.C. 679
U.C.M. v. Royal Bank of Canada [1983] AC 168 (HL)
Armour v. Thyssen Edelstahlwerke AG [1991] 2 A.C. 339 (HL)
Bumper Development Corp Ltd. v. Commissioner of Police of the Metropolis [1991] 4 All E.R. 638
Barclays Bank Plc. v. Boulter and Another [1999] 1 W.L.R. 1919 (HL)
Arthur J S Hall & Co (A Firm) v Simons Barratt v Woolf Seddon (A Firm) Harris v Scholfield Roberts & Hill (A Firm) [2000] 3 W.L.R. 534; [2002] 1 A.C. 615
Lesotho Highlands Development Authority v Impregilo SpA [2005] UKHL 43 [2006] 1 AC 221
Mark v. Mark [2005] UKHL 42
Re D (A Child)(Abduction: Rigths of Custody) [2006] 3 W.L.R. 989; [2006] UKHL 51

UK Supreme Court
Jivraj v. Hashwani [2011] UKSC 40
Serious Organised Crime Agency v Perry [2012] UKSC 35
O (A Child) v Rhodes and another (English PEN and another intervening) [2015] UKSC 32

Belhaj v Straw and others (United Nations Special Rapporteur on Torture and others intervening); Rahmatullah v Ministry of Defence and another (No 2) (United Nations Special Rapporteur on Torture and others intervening) [2017] UKSC 3; [2017] A.C. 964
Regina (Miller and another)v Secretary of State for Exiting the European Union (Birnie and other intervening); In re McCord (Lord Advocaten and others intervening); In re Agnew and another (Lord Advocate and others intervening) [2017] UKSC 5; [2017] 2 W.L.R. 583; [2018] A.C. 61

Court of Appeal
Nelson v Bridport (1845) 8 Beav. 527
R v. Naguib [1917] 1 K.B. 359
Guaranty Trust Co of New York v Hannay [1918] 2 K.B. 623
North Staffordshire Railway Company v. Edge [1919] 1 K.B. 367
Princess Paley Olga v Weisz [1929] 1 K.B. 718
Faulkner v. Hill 1942 J.C. 20
A/S Tallinna Laevauhisus v Estonian State Steamship Line (1947) 80 Ll's Rep. 99
Lee v. Showmans Guild [1952] 2 QB 329
Snell v. Unity Finance Co. Ltd. [1964] 2 Q.B. 203, p. 212-213 (CA)
National Shipping Corpn Ltd v Arab [1971] 2 Ll. Rep. 363.
Lloyds Bank v. Bundy [1975] 1 Q.B. 326
Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd. [1976] 1 W.L.R. 676
Goldsmith v Sperrings [1977] 2 All E.R. 557, [19770 1 W.L.R. 478.
Barmah Oil Co. v. Governor and Co. of the Bank of England [1979] 1 W.L.R. 473; [1979] 2 All E.R. 461
Österreichische Länderbank v S'Élite [1981] 1 Q.B. 565
The Saudi Prince (No. 2) [1987] 1 Lloyd's Rep. 1
Associated Shipping Services Ltd v Department of Private Affairs of H.H. Sheikh Zayed bin Sultan Al-Nahayan 1990 WL 753434 (CA)
Bown v Gold & Swayne [1996] P.N.L.R. 130
Barclays Bank Plc. v. Boulter and Another [1998] 1 W.L.R. 1 (CA)
MCC Proceeds Inc. v. Bishopsgate Investment Trust plc. & Ors. [1999] CLC 417 (C.A.)
Copeland v Smith and Another [2000] 1 W.L.R. 1371
Morgan Grenfell & Co Ltd v SACE [2001] E.W.C.A. Civ. 1932
Société Eram Shipping Company Ltd v. Compagnie Internationale de Navigation & Others [2001] EWCA Civ 1317
Shaker v. Al-Bedrawi [2003] Ch 350
Loveridge v Healey [2004] EWCA Civ 173 [2004] C.P. Rep. 30
PT Pan Indonesia Bank Ltd TBK v Marconi Communications International Ltd [2005] EWCA Civ 422
Republic of Equador v. Occidental Exploration and Production Co. [2005] EWCA Civ. 1116; [2006] 2 W.L.R. 70
Sharp v. Ministry of Defence [2007] EWHC 224 (QB)
esure Insurance Ltd v Direct Line Insurance plc [2009] Bus. L. R. 348
Parker v. TUI UK Ltd. [2009] EWCA Civ 1261
Belhaj v. Straw [2014] EWCA Civ 1394

OPO v MLA [2015] E.M.L.R. 4 [2014] EWCA Civ 1277
Lady Christine Brownlie v Four Seasons Holdings Incorporated [2015] EWCA Civ 665; [2016] 1 WLR 1814
FS Cairo (Nile Plaza) LLC (incorporated under the law of Egypt) v. Christine Brownlie Widow and Executrix of Estate of Professor Sir Ian Brownlie, CBE, QC [2020] EWCA Civ 996

High Court
Edler v. Auerbach [1950] 1 K.B. 359
Schneider v. Eisovitch [1960] 2 Q.B. 430
Jasiewicz v. Jasiewicz [1962] 1 W.L.R. 1426
Parkasho v Singh [1968] P. 233
R v. Brentwoord Superintendant Registrar of Marriages Ex p. Arias [1968] 3 W.L.R. 531
Re Fuld's Estate (No. 3) [1968] P. 675
Ascherberg, Hopwood, and Crew v Casa Musicale Sonzogno [1971] 1 W.L.R. 173
The Nile Rapsody [1992] 2 Llyod's Rep. 399
El Ajou v. Dollar Land [1993] 3 All ER 717 (Ch)
Mother Bertha Music Ltd v Bourne Music Ltd. 31 July 2007, IIC 1998, 673, [1997] E.M.L.R. 457
University of Glasgow v. The Economist Ltd and another [1997] E.M.L.R. 495
Bentley v Arabian American Oil Co 2000 WL 1629460 (20 Juli 2000) (QB)
Hussmann (Europe) Ltd v. Al Ameen Development & Trade Co. [2000] C.L.C. 1243 (Q.B.)
Barings Plc (In Liquidation) v Coopers & Lybrand (No. 2); Barings Futures (Singapore) Pte Ltd (In Liquidation) v Mattar (No. 2) [2001] P.N.L.R. 22
Re Casterbridge Properties Ltd (Application to Rescind); Bryan Jeeves v The Official Receiver [2003] EWHC 1731 (Ch) [2003] B.C.C. 724
Balmoral Group Ltd. V. Borealis [UK] Ltd., Borealis AS & Borealis A/S [2006] EWHC 1900 (Comm)
Global Multimedia International Limited v ARA Media Services, Middle East Broadcasting Centre, Assad Abu Aljadail, Mamdouh Abougabal, Hamdi Al Serafi, Mazen Makki, Antoine Elias Khoury, Global Media (UK) Limited 2006 WL 2049702; [2006] EWHC 3612 (Ch)
Tamil Nadu Electricity Board v ST-CMS Electric Company Private Limited [2007] EWHC 1713 (Comm)
B. v. A. (Arbitration: Chosen Law) [2010] EWHC 1626 (Comm) [2011] Bus. L.R. D113
Belhaj v Straw [2013] EWHC 4111 (QB)
G (A child) (Jurisdiction: Brussels II Revised), Re [2013] EWHC 4017 (Fam)
Re AB (A Child) (Temporary Leave to Remove from Jurisdiction: Expert Evidence) [2014] EWFC 2758, no. 56-58
Rochester Resources Ltd v Lebedev [2014] EWHC 2185 (Comm)
Bianco v Bennet [2015] EWHC 626 (QB)

Crowther v Rayment [2015] EWHC 427 (Ch.)
In re F, M (Children) (Thai Surrogacy: Enduring Family Relationships) [2016] EWHC 1594 (Fam); [2016] 4 W.L.R. 126

Court of Chancery
The King of Spain v Machado (1827) 4 Russ 225
Guépratte v Young (1851) 64 Eng. Rep. 804

Court of King's Bench
Holman v. Johnson (1775) 1 Cowp. 341

Exchequer Chamber
Lloyd v. Guibert (1865) L.R. 1 Q.B. 115

Tribunals
Saheed Gbadebo Kareem v Secretary of State for the Home Department [2014] UKUT 00024 (IAC)

CURRICULUM VITAE

Steven Stuij is in 1987 geboren te Hardinxveld-Giessendam. Na het behalen van zijn VWO-diploma in 2005, heeft hij rechten gestudeerd aan de Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij behaalde in 2008 zijn LL.B. in het Nederlands recht en in 2009 zijn LL.M. in de Rechtsgeleerdheid, variant Privaatrecht. Na een korte periode aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, waar hij assisterende werkzaamheden verrichtte in het kader van het WODC-project 'Internationale aspecten van de WCAM', is hij als onderzoeker annex promovendus in dienst getreden bij het T.M.C. Asser Instituut te Den Haag. Hij heeft in februari en maart 2012 verrichte hij, onder toekenning van de 'van Calker'-beurs, onderzoek aan het *Institut suisse de droit comparé* te Lausanne ten behoeve van zijn promotieonderzoek. Naast zijn promotieonderzoek is Steven onder meer betrokken geweest bij onderzoeksprojecten, trainingsprogramma's, praktijk-advisering, en documentatiewerkzaamheden voor het *Nederlands Internationaal Privaatrecht*. Hij heeft naast zijn onderzoek werkgroeponderwijs ipr aan de Erasmus Universiteit Rotterdam verzorgd. Verder is hij werkzaam in het onderwijs, eerst als docent Privaatrecht aan de Universiteit Maastricht, en momenteel als universitair docent Privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Hij heeft regelmatig gepubliceerd op het gebied van het internationaal privaatrecht en het vermogens-recht.

PHD PORTFOLIO

Naam promovendus:	Steven Stuij
Faculteit:	Erasmus School of Law
Promotor:	Prof.dr. F.J.M. De Ly
Tweede promotor:	Prof.mr. G.J. Meijer

Wetenschappelijke publicaties

'Verjaring van vernietigings- en ontbindingsacties (II)', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2020, afl. 8, nr. 170, p. 4-9

'Verjaring van vernietigings- en ontbindingsacties (I)', *Tijdschrift Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2020, afl. 7, nr. 149, p. 16-22

'Verjaring van vernietigings- en ontbindingsacties', in: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen , en S.E. Bartels (red.), *Verjaring* (Serie Onderneming en Recht, deel 120), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 41-66

(co-auteur met V. Lazić), 'Brussels Ibis in Relation to Other Instruments on the Global Level', in: V. Lazić & S. Stuij (red.), *Brussels Ibis Regulation – Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme. Short Studies in Private International Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2017, p. 119-152.

'Some Aspects of the Application and Ascertainment of Foreign Law in the Light of Article 6 of the ECHR', in: C. Paulussen e.a. (red.), *Fundamental Rights in International and European Law – Public and Private Law Perspectives*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2016, p. 185-209.

'De wetsontduiking in het ipr: de opleving van een leerstuk?', *Nederlands Internationaal Privaatrecht* 2015, afl. 2, p. 217-225.

Overige publicaties en redactioneel werk

'Art. 6:27-6:51' en 'art. 6:111-6:126', in: Sdu Commentaar Vermogensrecht, Den Haag: Sdu 2020 (bewerking commentaar bij afd. 6.1.6. en 6.1.11 BW)

(co-redacteur) Recasting the Insolvency Regulation. Improvements and Missed Opportunities. Short Studies in Private International Law, Den Haag: T.M.C Asser Press 2020

(co-redacteur) International Dispute Resolution: Selected Issues in International Litigation and Arbitration Short Studies in Private International Law, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2018

(co-redacteur) Brussels Ibis Regulation – Changes and Challenges of the Renewed Procedural Scheme. Short Studies in Private International Law, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2017

Internationaal Privaatrecht – Rechtspraak. Ars Aequi Jurisprudentie, Nijmegen: Ars Aequi 2015 (11de druk).

'Literatuuroverzicht internationaal familierecht oktober 2012 t/m september 2013', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2013, alf. 12, p. 362-365.

'Literatuuroverzicht internationaal familierecht oktober 2011 t/m september 2012', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2012, afl. 12, p. 331-334.

Presentaties en lezingen

PAO-cursus 'Actualiteiten Contractenrecht', 9 december 2019, VU Law Academy (samen met L.J. Smeehuijzen)

'*Fraude à la loi* in Contemporary Private International Law', 5 augustus 2017, tijdens de 7e Journal of Private International Law Conference gehouden van 3 t/m 5 augustus 2017, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, Brazilië

'Iura Novit Curia in the Context of EU Private International Law', 13 januari 2016, Erasmus School of Law, 'PhD Lunch Lectures'

'Private International Law Methodology and Supranational Developments', 16 november 2015, T.M.C. Asser Instituut, Research Luncheon

'Iura Novit Curia in the Context of EU Private International Law', 22 oktober 2015, T.M.C. Asser Instituut, Asser PhD Meeting in Private International Law

'Consumer Protection and Dispute Settlement Clauses', 21 oktober 2015, T.M.C. Asser Instituut, in het kader van het programma "MATRA PATROL – ADR"

'Access to Foreign Law', 24 maart 2015, T.M.C. Asser Instituut, in het kader van het programma "MATRA PATROL – Access to Justice"

'Iura novit curia in het Europees internationaal privaatrecht', 9 oktober 2014, T.M.C. Asser Instituut, 'Lunch & Learn IPR-promovendidag'

'Non-Contractual Obligations in Cross-Border Disputes', 18 maart 2014, T.M.C. Asser Instituut, in het kader van het programma "MATRA PATROL – Access to Justice"

'The procedural treatment of foreign law in European private international law', 27 maart 2012, *Institut suisse de droit comparé*, ter gelegenheid van de 'Rencontres informelles'

Onderzoeksbeurzen en onderzoeksverblijven

2012	Beurs 'van Calker', Institut suisse de droit comparé, Lausanne, Zwitserland (onderzoeksverblijf februari en maart 2012)

Onderwijsactiviteiten

Vrije Universiteit Amsterdam

2019-2021	Contractenrecht Inleiding verbintenissenrecht (coördinator en docent) Amsterdam and the Platform Economy (coördinator en docent) Verdieping contractenrecht Begeleiden van bachelor- en masterscripties
2019-2020	PAO 'Acutaliteiten Contractenrecht'

Universiteit Maastricht

2018-2019	Verbintenissenrecht Inleiding internationaal privaatrecht Private International Law International Business Law Skills: Legal Research and Reasoning Recht en de multiculturele samenleving Begeleiden van bachelor- en masterscripties

Erasmus Universiteit Rotterdam (gastdocent)

2017-2018	Internationaal privaatrecht voor ondernemingsrecht, master Ondernemingsrecht Internationaal privaatrecht voor ondernemingsrecht, *double degree program* master Arbeidsrecht en Ondernemingsrecht
2016-2017	Internationaal privaatrecht voor ondernemingsrecht, master Ondernemingsrecht

	Internationaal privaatrecht voor ondernemingsrecht, *double degree program* master Arbeidsrecht en Ondernemingsrecht
2015-2016	Internationaal privaatrecht voor ondernemingsrecht, master Ondernemingsrecht Internationaal privaatrecht voor privaatjuristen, master Rechtsgeleerdheid, variant Privaatrecht

Trainingen (organisatie)

T.M.C. Asser Instituut

2015	MATRA PATROL: Alternative Dispute Resolution MATRA PATROL: Access to Justice
2014	MATRA PATROL: Alternative Dispute Resolution MATRA PATROL: Access to Justice

Conferenties en seminars (organisatie)

2015	PhD Meeting Private International Law, T.M.C. Asser Instituut
2015	International Civil Procedure and Brussels Ibis (conferentie 50-jarig jubileum T.M.C. Asser Instituut) (mede-organisator)
2014-2015	Asser IPR-dag, T.M.C. Asser Instituut (mede-organisator)
2014	IPR-promovendidag, T.M.C. Asser Instituut
2011	Promovendidag Internationaal privaatrecht, T.M.C. Asser Instituut